Langfristige Offerten und vertragsmäßig eingeräumte Gestaltungsrechte.

Ein Beitrag zur Lehre vom Wiederkauf, Vorkauf und Kauf auf Probe.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Bruno Engel

Referendar am Kgl. Landgericht zu Flensburg.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1914.

Referent: Professor Dr. Walsmann.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Biermann, Bürgerliches Recht. Bd. 1. 1908.

Burdorff, Rechtliche Natur des obligatorischen Vorkaufs- und Wiederkaufsrechts. Diss. Erlangen 1902.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 6. Aufl. 1913.

Crome, System des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1902.

Degenkolb, Der Begriff des Vorvertrages. Neue Beiträge zur Lehre vom Vorvertrage. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 71.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 2. 1902.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 9. Aufl. 1903.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 6.—8. Aufl. 1912.

Fischer-Henle, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Aufl. 1912.

ten Hompel, Der Verständigungszweck im Recht. 1908.

Krug, Die Zulässigkeit der reinen Wollensbedingung. Diss. Marburg 1904.

Landsberg, Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 1. 1904.

Lukanow, Der Kauf auf Probe. Diss. Rostock 1903.

Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgeschäfte. 1901.

Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. 1910.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. 1888.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. 3./4. Aufl. 1910.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1. 4. Aufl. 1913, Bd. 2. 3. Aufl. 1907.

Raape, Die Wollensbedingung. 1912.

Schaefer, Das Wiederkaufsrecht. Diss. Leipzig 1906.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 1. Teil. 1900.

Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts. In der Festgabe für Koch 1903.

Seufferts Archiv Bd. 58.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1 u. 2. 7./8. Aufl. 1912.
v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1910.
Walsmann, Ein Beitrag zur Lehre von der Wollensbedingung. In Iherings Jahrbüchern Bd. 54.
Zitelmann, Internationales Privatrecht. Bd. 2, 1. 1898.

A. Einleitung.

§ 1.

Begrenzung der Aufgabe.

Während regelmäßig ein Vertrag zwischen zwei Parteien dadurch zustande kommt, daß die eine der anderen ein Vertragsangebot macht und diese es annimmt, tritt in der Praxis häufig der Fall ein, daß zwei Parteien die Schließung eines Vertrages in Aussicht genommen haben, einen festen Abschluß desselben aber aus irgendwelchen Gründen noch nicht wollen, sei es, daß sie den Eintritt irgendeines Ereignisses abwarten wollen, sei es, daß sie aus einem sonstigen Grunde eine definitive Bindung scheuen. Nicht selten wird in einem solchen Falle der Abschluß des Vertrages mit Vorbehalt des Rücktrittsrechtes für den einen Kontrahenten oder mit Hinzufügung einer — je nach den Zwecken aufschiebenden oder auflösenden — Bedingung den Absichten der Parteien entsprechen. Solche Verträge sind dann auch in der Praxis überaus häufig. Ebensooft aber und weit zweckmäßiger werden die Parteien einen anderen Weg einschlagen: sie werden vereinbaren, daß die noch zaudernde Partei binnen bestimmter Frist sich zu erklären hat, ob sie den Vertrag abschließen will oder nicht. Erklärt diese sich dazu bereit, so kommt mit ihrer einseitigen Erklärung der Vertrag

zum Abschlusse, ohne daß es noch einer Erklärung des Gegenkontrahenten bedürfte. Dieser einseitigen Parteierklärung ist also in solchen Fällen eine besondere, nicht allen Willenserklärungen innewohnende Macht beigelegt. Daß dieses rechtlich möglich ist, soll ein vom Gesetze ausdrücklich anerkanntes Beispiel zeigen: A verkauft in einer voraussichtlich vorübergehenden Geldverlegenheit seinen wertvollen Brillantring an B. Er möchte diesen — vielleicht ein altes Andenken — aber gern im Besitze seiner Familie erhalten und rechnet auch mit einer baldigen Besserung seiner Vermögenslage. Er schließt deshalb den Kaufvertrag mit B mit dem Vorbehalte ab, daß er binnen einer bestimmten Frist den Ring zurückerwerben kann, wenn er seinen dahingehenden Willen erklärt.

Hier liegt ein Fall des Wiederkaufsrechtes vor. Zwischen A und B ist ein Kaufvertrag abgeschlossen, bei welchem dem Verkäufer die Macht eingeräumt ist, binnen der bestimmten Frist durch seine einseitige Erklärung einen neuen Kaufvertrag zum Abschlusse zu bringen, bei welchem die Rollen des Käufers und Verkäufers des ursprünglichen Kaufvertrages vertauscht sind. Dieser Fall ist im Bürgerlichen Gesetzbuche in den §§ 497 ff. behandelt und zeigt, daß vom Gesetze die Möglichkeit, durch eine einseitige Willenserklärung einen Vertrag zum Abschlusse zu bringen, anerkannt ist.

Wie diese mit so besonderer Macht ausgestattete Erklärung einer Partei in dem erwähnten Falle und in anderen ebenfalls vom Gesetze anerkannten Fällen juristisch zu erklären ist, das zu zeigen soll zunächst unsere Aufgabe sein.

B. Ausführung.

I. Allgemeiner Teil.

§ 2.

Die langfristige bindende Offerte.

Nach §§ 145 u. 146 BGB. kommt ein Vertrag zwischen zwei Parteien dadurch zustande, daß die eine der anderen die Schließung eines Vertrages anträgt, die andere diesen Antrag annimmt. Sowohl der Vertragsantrag wie seine Annahmeerklärung sind Willenserklärungen, d. h. Handlungen im Sinne von wahrnehmbaren Betätigungen des menschlichen Willens, „welche nach der Lebenserfahrung einen Schluß darauf zulassen, daß durch sie der Handelnde eine Gestaltung oder Veränderung privater Rechtsverhältnisse vornehmen will",[1] und zwar sind beide Willenserklärungen empfangsbedürftig, d. h. ihre Wirksamkeit hängt davon ab, daß sie dem Erklärungsgegner zugegangen sind. Da der Vertrag erst mit den beiderseitigen Willenserklärungen — Antrag und Annahme — zum Abschlusse kommt, so ergibt sich daraus eine gewisse Doppelstellung der Offerte. Denn einmal dient sie der Vorbereitung des Vertrages, zum anderen aber ist sie bereits ein Teil von diesem selbst. Da ferner die Annahme des Vertragsantrages — sofern sie wirklich eine solche

[1] vgl. Staudinger, Komm. Bd. 1, Einleitung zu den Vorschriften über Rechtsgeschäfte II, 3 (S. 387) sowie Vorbem. zu § 116 (S. 434 ff.)

und nicht etwa nach § 150 BGB. eine Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrage ist — nicht unter Abweichungen geschehen kann, so folgt daraus, daß die Offerte als Mindesterfordernis bereits alle die wesentlichen Punkte des Vertrages enthalten muß, über welche eine Einigung erzielt werden soll. In erster Linie müssen also der Vertragsgegenstand sowie die Parteien bestimmt sein. Doch sind im Verkehrsinteresse gewisse Ausnahmen geboten und auch anerkannt: so kann z. B. der Verkäufer dem Käufer die Bestimmung der Menge der von ihm zu beziehenden Waren überlassen und lediglich ein ihm lieferbares Höchstquantum angeben. Eine solche Offerte ist im Handelsverkehre überaus häufig. Hier etwa eine Unbestimmtheit des Vertragsgegenstandes und aus diesem Grunde keine Offerte anzunehmen, sondern eine solche erst in der Bestellung einer bestimmten Menge der angebotenen Waren seitens des Käufers zu erblicken, würde zu ganz unhaltbaren Ergebnissen führen und jede Verkehrssicherheit ausschließen. Denn die Annahme der Offerte des Käufers könnte der Lieferant — da auf seiner Seite keine ihn bindende Offerte, sondern nur eine unverbindliche Aufforderung zum Stellen einer solchen vorliegt — ablehnen und dadurch den Käufer, der vielleicht, der Lieferung der Waren entgegensehend, ein anderes Angebot ausgeschlagen hat, schwer schädigen.

Es kann ferner unter Umständen die Person des Antragsempfängers unbestimmt sein und eine Offerte sich allgemein an das Publikum richten. Eine solche erblickt man z. B. in dem Aufstellen von Verkaufsautomaten.[2]) Hier ist der Antragende an seinen Antrag gebunden

[2]) vgl. u. A. Enneccerus, Lehrb. Bd. 1 § 152 I, 1 S. 398; Staudinger a. a. O. Anm. 3 zu § 145 S. 564; Planck, Komm. Bd. 1 Anm. 2 zu § 145 S. 386.

während der Zeit, während welcher er den Automaten aufgestellt hat. Da dieses nicht selten viele Jahre dauern wird, so liegt hier eine Offerte mit einer Gebundenheitsfrist des Offerenten vor, die von der regelmäßig kurzen des Gesetzes abweicht. Die Annahme dieser Offerte wird durch Einwerfen des erforderlichen Geldstückes in den Automaten erklärt. Damit ist der Kaufvertrag zwischen den Parteien zum Abschlusse gelangt. Auch die Annahmeerklärung weist demnach gegenüber der regelmäßigen nicht unerhebliche Besonderheiten auf.[3])

Eine durchgreifende Neuerung des Bürgerlichen Gesetzbuches gegenüber dem gemeinen Rechte, die von der allergrößten Bedeutung für die ganze Vertragslehre ist, liegt darin, daß der Antragsteller an seinen Antrag regelmäßig gebunden ist. Regelmäßig; nicht aber kraft zwingenden Rechtes in allen Fällen. Denn die diesbezüglichen Vorschriften sind nur dispositiver Natur und lassen dem Parteiwillen freie Hand. Der Offerent kann nämlich seine Gebundenheit an seinen Antrag ausschließen, und nur mangels eines solchen Ausschlusses ist er an sein Vertragsangebot gebunden. Dabei braucht jedoch der Ausschluß der Gebundenheit nicht einmal ausdrücklich erklärt zu sein, sondern es genügt, wenn dieses aus der gebrauchten Ausdrucksweise oder auch nur aus sonstigen Umständen in Verbindung mit der Verkehrssitte hervorgeht.

Hat der Offerent seine Gebundenheit ausgeschlossen, so kann das eine verschiedene Bedeutung haben: es kann einmal damit gemeint sein, daß der Offerent auch noch

---

[3]) Regelmäßig ist die Bezahlung des Kaufpreises eine sich erst aus der Annahme der Offerte ergebende Verpflichtung, hier ist sie Erklärungsmittel zugleich.

nach der Annahme seines Antrages berechtigt sein will, durch Widerruf das Zustandekommen des Vertrages zu verhindern. Es kann aber der Ausschluß der Gebundenheit auch dahin verstanden werden, daß der Offerent sich den Widerruf für die Zeit zwischen dem Zugehen des Antrages und dem Eintreffen der Annahmeerklärung bei ihm vorbehalten will. Denn vor dem Zugehen beim Antragsempfänger ist die Offerte als empfangsbedürftige Willenserklärung überhaupt noch nicht wirksam und kann selbstverständlich stets durch eine spätestens zugleich mit ihr dem Antragsempfänger zugehende Widerrufserklärung hinfällig gemacht werden. Ob der Offerent sich den Widerruf bis zum Empfange der Annahmeerklärung oder auch noch für die Zeit nach dieser hat vorbehalten wollen, ist nur im Einzelfalle aus den Parteiabsichten und der Ausdrucksweise, mit welcher der Ausschluß der Gebundenheit erklärt ist, zu entnehmen.[4])

Der Offerent ist nicht nur in der Lage, seine Gebundenheit an seinen Vertragsantrag auszuschließen, sondern er vermag diese auch zeitlich zu begrenzen und über die Dispositivvorschrift des § 147 BGB. hinaus zu beschränken oder zu erweitern (§ 148 BGB.). Ersteres wird bei der ohnehin kurzen Gebundenheitsfrist des § 147 nicht allzu häufig vorkommen, kann aber z. B. insofern eintreten, als der Offerent auf einen brieflich gestellten Antrag eine telegraphische Annahmeerklärung vorschreibt, die binnen weniger Stunden nach dem Zugehen seines Antrages zu erwarten ist. Ungleich häufiger wird in der Praxis der Fall vorkommen, daß der Offerent sich für eine längere Zeit als die gesetzliche an seinen Antrag bindet. Der Offerent hat es also völlig in der Hand, zu

[4]) vgl. auch Planck a. a. O. Anm. 5 zu § 145 S. 387.

bestimmen, ob er sich an seinen Antrag überhaupt binden will und für wie lange Zeit er sich binden will. Er kann danach selbst langfristig bindende Offerten schaffen. Eine zeitliche Höchstgrenze hat das Gesetz nicht normiert. Aber auch ohne eine solche Bestimmung könnten allgemeine Gesichtspunkte doch eine Beschränkung ergeben, so daß die Frage, ob solche hier Anwendung finden können, zu prüfen bleibt.

Das Gesetz will bei gegenseitigen Verträgen eine übermäßig lange Gebundenheit beider Kontrahenten auch dann verhindern, wenn diese beim Vertragsschlusse eine solche gewollt haben. So bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch z. B. für den Dienstvertrag im § 624, daß dieser, wenn auf längere Zeit als 5 Jahre abgeschlossen, nach Ablauf dieser Zeit von dem Dienstverpflichteten mit sechsmonatiger Frist gekündigt werden kann. Beim Mietvertrage kann nach § 567 BGB. jede Partei diesen — wenn er für eine längere Zeit als 30 Jahre abgeschlossen ist — nach Ablauf dieser Zeit mit der gesetzlichen Frist kündigen. Eine Ausnahme soll nur dann gelten, wenn der Vertrag für die Lebenszeit eines der Kontrahenten geschlossen ist. Der Wiederkaufsberechtigte kann sein Recht nach § 503 BGB. bei Grundstücken nur binnen 30 Jahren, bei anderen Gegenständen nur bis zum Ablaufe von 3 Jahren seit Einräumung des Rechtes ausüben. Im Gegensatze dazu kann das Vorkaufsrecht — wie aus § 514 BGB. zu entnehmen ist — auf eine längere Zeit als die dreißigjährige eingeräumt sein, ohne daß eine Maximalgrenze gezogen wäre. Aus den erwähnten Beispielen ist aber schon zu entnehmen, daß die Gebundenheit einer Partei auch entgegen ihrem geäußerten Willen nur dort kraft zwingenden Rechtes begrenzt ist, wo eine Gesetzesnorm dieses ausdrücklich bestimmt. Nicht geschehen

ist dieses beim Vorkaufsrechte und auch nicht bei der Offerte. Ebensowenig ist auch beim Wiederkaufsrechte gesagt, daß die gewillkürte Frist die gesetzliche nicht überschreiten dürfte. Denn die gesetzliche Frist tritt nur dann ein, wenn die Parteien eine solche nicht bestimmt haben, nicht aber will das Gesetz als ius cogens den Parteiwillen einengen. Wie die Parteien beim Vorkaufs- und Wiederkaufsrechte eine unbegrenzt lange Frist für die Ausübung des Rechtes bestimmen können, so muß auch der Offerent sich für eine beliebige Zeit an sein Angebot binden können, ohne daß das Gesetz dem hindernd entgegentritt. Inwieweit die Bindung sich auch auf die Erben erstreckt, bestimmt sich nach dem Willen des Offerenten (§ 153 BGB.).

Die Fristbestimmung des Gesetzes ist, wie schon erörtert, nur dispositiv gegeben und eine lex generalis. Sie kann daher nicht nur durch den Parteiwillen, sondern auch durch das Gesetz selbst vermittels einer lex specialis im Einzelfalle anders bestimmt sein. Ob eine solche Vorschrift sich für besondere Arten von Vertragsangeboten im Gesetze etwa findet, soll einstweilen noch dahingestellt bleiben.

Der § 147 BGB. unterscheidet für die Frist der Gebundenheit des Offerenten an seinen Antrag zwei Fälle:

1. Die Offerte ist einem Anwesenden gemacht. Dann kann ihre Annahme nur sofort erklärt werden. Maßgebend ist der Umstand des Vernehmens gesprochener Worte oder sonstigen Verständigens ohne eine zeitraubende Übermittelung der Erklärungen. Denn nach ausdrücklicher Bestimmung gelten als „Anwesende" auch die mittels Fernsprechers verbundenen Personen (§ 147 Abs. 1 Satz 2 BGB.).

2. Die Offerte richtet sich an einen Abwesenden. Hier kommt überwiegend der schriftlich gestellte Antrag in Betracht. Daß hier die Frist der Gebundenheit des Antragstellers eine erheblich längere sein muß und einheitlich nicht einmal bestimmt werden kann, ergibt schon die erheblich verschiedene Dauer der Zeit, welche erforderlich ist, das Angebot dem Antragsempfänger und dessen Erklärung dem Antragsteller zugehen zu lassen. Hier ist nach § 147 Abs. 2 BGB. der Offerent solange gebunden bis er unter regelmäßigen Umständen den Eingang der Annahmeerklärung erwarten darf. Diese Frist ist im Einzelfalle zu berechnen unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der Verkehrsmöglichkeiten zwischen dem Wohnorte des Offerenten und dem des Antragsgegners. Von entscheidendem Einflusse wird aber auch die Art sein, in welcher die Offerte übermittelt ist. Denn daraus läßt sich meist schließen, auf welchem Wege der Antragsteller die Annahmeerklärung erwartet. So ist — sofern nicht die Verkehrssitte oder der Inhalt der Offerte eine Abweichung zulassen — bei einer telegraphischen Offerte meist auch eine solche Antwort, bei einer Offerte mittels Eilbriefes meist eine beschleunigte Antwort gegenüber der gewöhnlichen brieflichen Offerte geboten. Allgemeine Regeln sind hier nicht aufzustellen, vielmehr ist die Frage, ob eine Annahmeerklärung noch rechtzeitig zugegangen ist, nur nach Maßgabe des Einzelfalles zu entscheiden.

Mit der rechtzeitig erfolgenden Annahmeerklärung kommt der Vertrag zum Abschlusse. Erfolgt sie nicht oder nicht rechtzeitig, so erlischt die Offerte als eine den Offerenten bindende Erklärung und ihr früheres Vor-

handensein wird vom Rechte regelmäßig nicht weiter beachtet. Für das Zustandekommen des Vertrages kommt demnach der Annahmeerklärung gegenüber der Offerte erhöhte Bedeutung bei. Zwar kann sie nur nach voraufgegangener Offerte erfolgen und hat diese zur Grundlage, allein zahlreiche Vertragsangebote werden nicht angenommen und führen daher nicht zu einem Vertrage. Die Annahmeerklärung dagegen hat — wenn sie eine solche darstellt — stets einen Vertragsschluß zur Folge. Der Offerent kann daher einen Vertrag stets nur vorbereiten, während der den Antrag Annehmende stets den Vertrag zum Abschlusse bringt. Wenn A also dem B einen Vertragsantrag stellt, so erhält B damit die Macht, durch seine einseitige Annahmeerklärung Vertragsbeziehungen zwischen beiden herzustellen, eine Macht, zur der A zwar die Grundlage gegeben hat, die er selbst aber nicht besitzt. Dadurch, daß B den Vertrag zum Abschlusse bringt, vermag er Rechte zu begründen, zu verändern oder aufzuheben. Die Annahme einer Offerte fällt sonach unter den von Seckel[5]) aufgestellten und jetzt allgemein anerkannten Begriff des „Gestaltungsrechtes". Sie ist auch von Seckel ausdrücklich als „Recht des Antragsempfängers aus der Offerte"[6]) erwähnt, so daß ihm mit Unrecht v. Tuhr vorwirft, dieses Gestaltungsrecht bei deren Aufzählung nicht erwähnt zu haben.[7])

Der Begriff des Gestaltungsrechtes wird uns im folgenden Paragraphen eingehend zu beschäftigen haben.

[5]) In der Festgabe für Koch, 1913.

[6]) Seckel a. a. O. S. 207, Anm. 2.

[7]) v. Tuhr, Allgem. Teil des bürgerl. R § 7 S. 162.

§ 3.

Das Gestaltungsrecht im allgemeinen, insbesondere das vertragsmäßig eingeräumte Gestaltungsrecht als vertragsbegründendes Element.

Von dem Rechte im objektiven Sinne als der die rechtlichen Verhältnisse der menschlichen Gesellschaft regelnden Norm unterscheiden wir das Recht im subjektiven Sinne als die für den einzelnen Menschen aus dem objektiven Rechte sich ergebende Berechtigung. Nicht alle diese Berechtigungen sind gleichartige, wie drei Beispiele zeigen mögen:

1. der Eigentümer darf grundsätzlich mit seinem Eigentume nach Belieben verfahren;
2. der Gläubiger kann vom Schuldner Befriedigung verlangen;
3. der Mieter kann das Mietverhältnis zu der vereinbarten oder gesetzlichen Zeit kündigen.

Alle drei Rechte sind verschiedener Art und mögen als Beispiele dienen für die drei Kategorien, in welche wir die subjektiven Rechte ihrem Inhalte nach einteilen können. In dem Rechte des Eigentümers zur Einwirkung auf die Sache haben wir ein Beherrschungsrecht, in welchem die durch das Recht gewährte Macht am schärfsten zum Ausdrucke kommt. Dagegen gewährt das Forderungsrecht des Gläubigers gegen den Schuldner ersterem lediglich einen Anspruch gegen diesen, d. h. ein Recht, von dem Schuldner etwas zu verlangen. Das Kündigungsrecht des Mieters endlich gewährt diesem lediglich die Befugnis, durch eine einseitige Erklärung verändernd in die bestehende Rechtslage einzugreifen.

Wir haben danach folgende Arten der subjektiven Rechte zu unterscheiden[1]:

1. die Beherrschungsrechte;
2. die Forderungsrechte;
3. die Rechte auf Rechtsänderung.

Alle in der Praxis vorkommenden Rechte werden sich einer dieser drei Gruppen einreihen lassen.

Uns soll hier nur die letzte Gruppe beschäftigen.

Nur wenige Juristen haben sich in früherer Zeit mit diesen Rechten beschäftigt,[2] vornehmlich nur Zitelmann,[3] der ihnen den Namen „Rechte des rechtlichen Könnens" gegeben hat. Damit stellt er sie in Gegensatz zu den „Rechten des rechtlichen Dürfens" (den absoluten Herrschaftsrechten) und den „Rechten, des rechtlichen Sollens" (den relativen Herrschaftsrechten). Mit Recht weist Seckel auf den Mangel dieser nicht erschöpfenden Einteilung hin.[4]

Die von Zitelmann sogen. „Rechte des rechtlichen Könnens" geben dem Berechtigten nicht das Recht, von einem anderen etwas zu verlangen, sondern das Recht, selbst etwas zu tun, nämlich die vorhandene Rechtslage einseitig durch Abgabe einer Willenserklärung zu ändern.

Beispiele im Bürgerlichen Gesetzbuche sind: das bereits erwähnte Recht der Annahme eines Vertragsangebotes (§ 145), das Recht der Genehmigung (§§ 108, 177/78), Aufhebungsrechte wie das Kündigungsrecht (§ 564), das Rücktrittsrecht

---

[1]) vgl. die Einteilung bei Enneccerus a. a. O. Bd. 1 § 66 S. 160ff.

[2]) vgl. die bei Seckel a. a. O. S. 208 Genannten.

[3]) Zitelmann, Intern. PrivR. Bd. 2, 1.

[4]) a. a. O. S. 209/10.

(§§ 346 ff.), das Widerrufsrecht des Schenkers (§ 530), das Aufrechnungsrecht (§ 387), das Anfechtungsrecht (§§ 142, 119, 120, 123) und viele andere.

Die Ausübung aller dieser Rechte geschieht durch ein einseitiges Rechtsgeschäft, meist eine einseitige Willenserklärung. Die Wirkung dieser Erklärung kann eine dreifache sein: sie kann Rechte begründen oder solche verändern oder aufheben, wobei freilich nicht selten mehrere Wirkungen zugleich eintreten werden. Die Erklärung wirkt also rechtsgestaltend. Treffend schlägt deshalb Seckel statt des unbequemen Ausdruckes „Rechte des rechtlichen Könnens“ den insbesondere in Zusammensetzungen leicht verwendbaren Ausdruck „Gestaltungsrechte“ für diese Gruppe von Rechten vor. Diese Bezeichnung hat allgemein Anklang gefunden, zumal sie gerade die charakteristischen Merkmale dieser Rechte wiedergibt.

Wir definieren das Gestaltungsrecht mit Seckel als „das subjektive (konkrete) Privatrecht, dessen Inhalt ist die Macht zur Gestaltung konkreter Rechtsbeziehungen durch einseitiges Rechtsgeschäft“.[5]) Von den besonderen Fällen, in welchen noch ein ergänzender Tatbestand — z. B. das Ehescheidungsurteil — hinzutreten muß, können wir hier absehen.

Die Befugnis, selbständig rechtsgestaltend in die bestehende Rechtslage einzugreifen, kann auf einer zweifachen Grundlage beruhen: auf Gesetz oder auf Rechtsgeschäft.[6]) Nur einzelne Beispiele seien von den zahlreichen Fällen beider Kategorien herausgegriffen. Auf Gesetz beruht z. B.: das gesetzliche Kündigungs- und Rück-

---

5) Seckel a. a. O. S. 210.

6) vgl. Seckel a. a. O. S. 218.

trittsrecht, das Anfechtungsrecht, das Aufrechnungsrecht, während auf Rechtsgeschäft u. a. beruhen: das vertragsmäßig eingeräumte Kündigungs- und Rücktrittsrecht, das Wahlrecht bei der Alternativobligation.

Das Rechtsgeschäft, auf welchem ein Gestaltungsrecht beruht, kann wiederum ein einseitiges oder ein zweiseitiges sein. Auf einem zweiseitigen Rechtsgeschäfte beruhen die oben erwähnten Beispiele, auf einem einseitigen Rechtsgeschäfte das bereits oben behandelte Recht des Antragsempfängers aus der Offerte. Die weitaus meisten Gestaltungsrechte beruhen jedenfalls auf einem zweiseitigen Rechtsgeschäfte, einem Vertrage.

Hier wirft sich die Frage auf, ob Gestaltungsrechte allgemein durch Vertrag begründet werden können oder ob ihre Zahl auf die im Gesetze behandelten Fälle beschränkt ist.

Während die Zahl der dinglichen Rechte im Bürgerlichen Gesetzbuche auf die im dritten Teil, dem Sachenrechte, behandelten beschränkt ist, herrscht im Obligationenrechte grundsätzlich Vertragsfreiheit, d. h. die Parteien können Verträge beliebigen Inhaltes schließen, sofern diese nicht etwa kraft besonderer entgegenstehender Gesetzesvorschriften — z. B. als Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 BGB.) — nichtig sind.

Die Gestaltungsrechte bestimmen nun nicht nur, wie die Forderungsrechte, was geschehen soll, sondern sie greifen unmittelbar in den Bestand der Rechte ein. Diese tiefgreifende Wirkung wird uns bewegen, bei ihnen eher für einen numerus clausus uns zu entscheiden und die Vertragsfreiheit in bezug auf die Begründung von Gestaltungsrechten abzulehnen. Da aber die Gestaltungsrechte noch nicht so sehr wie jene Gruppen von der Wissenschaft erforscht sind, so ist hier noch eher zu erwarten,

daß wir die Grenzen durch analoge Anwendung ausdehnen können.[7])

Da ein Vertrag durch die Erklärung der Annahme einer Offerte zum Abschlusse kommt und da wir im Obligationenrechte Vertragsfreiheit haben, so bedeutet das, daß beliebige Offerten innerhalb der Grenzen der Vertragsfreiheit gestellt werden können. Das durch sie entstehende Gestaltungsrecht, durch Annahme den Vertrag zustande zu bringen, ist dann freilich in allen Fällen ein typisch gleiches Recht. Dieses Gestaltungsrecht beruht auf einem einseitigen Rechtsgeschäfte. Indessen werden wir hier zu folgendem Schlusse wohl berechtigt sein: Beruht ein Gestaltungsrecht auf einem einseitigen Rechtsgeschäfte, so kann das inhaltlich gleiche Gestaltungsrecht auch durch Vertrag eingeräumt werden. Denn in den Wirkungen sind sich ja beide völlig gleich; ihr Unterschied liegt nur in dem die Grundlage bildenden Rechtsgeschäfte dergestalt, daß einmal das Gestaltungsrecht nur auf der Erklärung des Offerenten basiert, in dem anderen Falle aber aus vertraglichen Vereinbarungen beider Parteien erwachsen ist. Diese schließen einen Vertrag dahin, daß durch die einseitige Erklärung einer von ihnen ein Vertrag bereits feststehenden Inhaltes, zum Abschlusse gebracht werden soll. Die Schließung dieses Vertrages ist also von den Parteien schon ins Auge gefaßt, jedoch soll dieser Vertrag nicht wieder in der regelmäßigen Form durch Antrag und Annahmeerklärung geschlossen werden, sondern lediglich durch eine einseitige Willenserklärung der einen zur Abgabe derselben berechtigten Partei. Diese Willenserklärung

---

[7]) vgl. dazu Seckel a. a. O., der private Neuschöpfungen von Gestaltungsrechten ebenfalls nur innerhalb der Grenzen der Analogie zu den gesetzlich geregelten Fällen zulassen will.

ist keine andere, als es die Annahme eines Angebotes wäre, und weist nur den erwähnten Unterschied in der Grundlage des Gestaltungsrechtes auf. Daß eine derartige vertragliche Vereinbarung zulässig ist und nicht mit den Grundgedanken des Gesetzes im Widerspruche steht, beweisen uns weiter auch vom Gesetze anerkannte Beispiele, wie das Wiederkaufs- und das Vorkaufsrecht und ähnliche, die uns später beschäftigen werden. Das gleiche Prinzip des auf Vertrag beruhenden Gestaltungsrechtes findet sich mit vorwiegend Rechte aufhebender Wirkung des ferneren anerkannt beim vertragsmäßig eingeräumten Kündigungs- und Rücktrittsrechte. Letztere Fälle sollen hier ausscheiden und es wird nur die Beschäftigung mit dem vertragsbegründenden Gestaltungsrechte unsere Aufgabe sein.

Ein Vertrag, durch welchen dem einen Kontrahenten die Berechtigung eingeräumt wird, durch eine einseitige Willenserklärung einen neuen, inhaltlich bereits fixierten Vertrag zum Abschlusse zu bringen, steht zu diesem Vertrage in einem ähnlichen Verhältnisse wie ein Vorvertrag zum Hauptvertrage; in einem gewissen Sinne ist er auch als ein Vorvertrag aufzufassen, jedoch nicht ohne gewisse Einschränkungen. Der normale Vorvertrag ist unmittelbar auf den Abschluß des Hauptvertrages gerichtet, während dieser spezielle Vorvertrag zwar auch schon auf den Hauptvertrag hinzielt, jedoch mit der Besonderheit, daß die einseitige Erklärung einer Partei ihn zum Abschlusse bringt. Diese führt also Rechtsfolgen herbei, wie sie regelmäßig nur beiderseitige Willenserklärungen der Kontrahenten auszulösen vermögen.[8]) Daß diese besondere Kraft einer einseitigen Willenserklärung mit dem Gesetze vereinbar ist, zeigt deutlich auch der § 346 BGB. für den

[8]) vgl. Walsmann in JheringsJ. Bd. 54 S. 224, 277 ff.

Fall des Rücktrittes. Irgendeinem Bedenken scheint es mir daher nicht zu unterliegen, das, was in dem einen Falle vertragsauflösend wirkt, nämlich eine einseitige Willenserklärung, auch als vertragsbegründendes Element anzuerkennen, wie bereits ausgeführt ist.

Fälle, in denen ein Vertrag mit der einseitigen Erklärung eines Kontrahenten zum Abschlusse kommt, finden sich im Gesetze mehrere. In allen diesen Fällen steht demjenigen, dessen Erklärung diese Macht besitzt, ein Gestaltungsrecht zu. Das Problem liegt hierbei darin: Beruht in diesen Fällen das Gestaltungsrecht auf einem einseitigen Rechtsgeschäfte dergestalt, daß der Berechtigte eine langfristig bindende Offerte des Gegenkontrahenten einnimmt, oder ist das Gestaltungsrecht durch ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, einen Vertrag, begründet, und welches sind die praktischen Folgen?

II. Einzelfälle und Unterschiede.

§ 4.

Das Wiederkaufsrecht.

Bei diesem Rechte handelt es sich um den Abschluß eines Kaufvertrages, und zwar, wie der Name besagt, eines Wieder- oder besser Rückkaufes. Es ist ein Kaufvertrag zwischen zwei Parteien abgeschlossen und bei diesem die eventuelle Schließung eines neuen Kaufvertrages mit vertauschten Parteirollen vorgesehen worden.[1]) Dieser neue Kaufvertrag kommt nach § 497 BGB. durch die einseitige Erklärung des Berechtigten zum Abschlusse.

---

[1]) vgl. das im § 1 erwähnte Beispiel.

Daß sich diese Erklärung als die Ausübung eines Gestaltungsrechtes darstellt, wird von niemandem, der diesen Rechtsbegriff überhaupt anerkennt, bezweifelt werden können. Gehört doch gerade dieses Recht zu den fast ständig herangezogenen typischen Beispielen. Dieses Gestaltungsrecht beruht auf einem Rechtsgeschäfte. Denn der Fall eines auf Gesetz beruhenden Wiederkaufsrechtes braucht uns hier nicht zu beschäftigen, da wir ein solches reichsrechtlich nicht anerkannt finden. Ob aber das Rechtsgeschäft, das die Grundlage des Wiederkaufsrechtes bildet, sich als ein einseitiges oder zweiseitiges darstellt, diese Frage bedarf der Erörterung.

Als einseitiges Rechtsgeschäft kann hier nur eine Vertragsofferte des Verpflichteten in Betracht kommen, deren Annahme der zum Wiederkaufe Berechtigte rechtsgestaltend erklärt.

Das Wesen und der Zweck dieses Rechtsinstitutes bringen es mit sich, daß die normale kurzfristig bindende Offerte hier nicht in Betracht kommen kann. Es kann vielmehr nur eine kraft Parteiwillens den Offerenten langfristig bindende Offerte vorliegen. Daß der Parteiwille solche schaffen kann, ist bereits oben (vgl. § 2) erörtert worden. Nicht selten aber wird bei Einräumung des Wiederkaufsrechtes eine Frist für dessen Ausübung nicht bestimmt sein. Wenn wir hier für die Wiederkaufsofferte die kurze Gebundenheitsfrist des § 147 BGB. annehmen wollten, so würde das Rechtsinstitut jeder praktischen Bedeutung entbehren, da Kauf und Wiederkauf einander mit kurzer Frist folgten. Hier kommt daher der bereits erwähnte Gesichtspunkt in Betracht, daß das Gesetz die allgemeine Bestimmung des § 147 jederzeit durch eine lex specialis für besondere Offerten abändern kann. In einem solchen Verhältnisse der lex

specialis zur lex generalis steht beim Wiederkaufe der § 503 zum § 147 BGB. Es kann nämlich das Wiederkaufsrecht bei Grundstücken — mangels einer Parteibestimmung — nur bis zum Ablaufe von 30 Jahren, bei anderen Gegenständen nur bis zum Ablaufe von 3 Jahren nach seiner Einräumung, d. h. nach Abschluß des mit der Wiederkaufsabrede geschlossenen Kaufvertrages, ausgeübt werden. Wenn also A dem B einen Gegenstand unter Vorbehalt des Wiederkaufsrechtes verkauft, so ist die Sachlage rechtlich so zu beurteilen, als ob der Käufer B zugleich mit Abschluß des Kaufvertrages dem A eine langfristige Offerte stellt zum Abschlusse eines neuen Kaufvertrages über denselben Gegenstand und im Zweifel (vgl. § 497 Abs. 2 BGB.) auch zu demselben Kaufpreise, deren Annahme A binnen der von der Partei oder dem Gesetze bestimmten Frist erklären kann. Irgendwelchen juristischen Bedenken scheint mir diese Konstruktion nicht zu unterliegen, insbesondere erscheint es mir nicht ganz zutreffend, wenn Walsmann[2]) gegen die Annahme einer Offerte einwendet, daß die Initiative hier meist vom Verkäufer im ersten Vertrage und Käufer im Rückkaufsvertrage ausgeht, während eine Offerte normalerweise auf der Initiative des Offerenten zu beruhen pflegt. Dieser Umstand ist m. E. rechtlich nicht von Belang. Denn die Aufforderung, eine Offerte zu stellen und diese selbst sind scharf zu scheiden. Wenn ich z. B. in eine Buchhandlung gehe, um ein dort erst auszuwählendes Buch für Geschenkzwecke zu kaufen, und der Verkäufer mir darauf verschiedene Angebote macht, so liegt hier die Initiative auch bei mir, während die Offerte erst vom Verkäufer gestellt wird. Nicht anders

---

[2]) a. a. O. S. 280.

ist es beim Wiederkaufe, den man rechtlich wohl unbedenklich als Annahmeerklärung einer auf der Initiative des Käufers beruhenden Offerte des Verkäufers konstruieren kann. Ein Bedenken tatsächlicher Art taucht dabei aber doch auf. Denn die Annahme einer Offerte als Grundlage für das Gestaltungsrecht bleibt doch nur Konstruktion. Erkennbar vorhanden sind tatsächlich nur: ein — mit der Wiederkaufsabrede geschlossener — Kaufvertrag und das Gestaltungsrecht des Wiederkaufsberechtigten. Die Einräumung des Wiederkaufsrechtes ist so sehr mit dem ursprünglichen Kaufvertrage verquickt und erfolgt so sehr durch Erklärungen beider Parteien, daß die Zerlegung des Vertrages in einen gegenseitigen Vertrag und eine einseitige Willenserklärung, die Offerte des Wiederkaufsverpflichteten, stets eine künstliche Konstruktion bleibt, die als solche zwar nicht unzulässig, aber doch wenig praktisch erscheint und zum Versuche einer anderen Konstruktion anregen muß.

Vertreter der Offertentheorie ist vor allem Planck,[3]) der die Wiederkaufsabrede als eine Offerte des Verpflichteten bezeichnet. Daß dieses nur im Wege einer Konstruktion möglich ist, kommt bei Endemann mit größerer Schärfe zum Ausdrucke. Denn er sagt nicht: die Wiederkaufsabrede ist eine Offerte des Wiederverkäufers, sondern: sie „enthält“ einen „bindend vereinbarten Antrag“ des Käufers (des ursprünglichen Kaufvertrages) zur Einigung über den Wiederkauf.[4]) Im Ergebnis weicht diese Lehre von der Plancks nicht ab, da auch hier rechtlich erheblich nur die Offerte ist und die Worte „bindend vereinbarter Antrag“ nur

[3]) a. a. O. Vorbem. 3 zu § 497 S. 408.

[4]) Endemann, Lehrb. Bd. 2 § 162, 3 S. 1012/13.

scheinbar auf die Mitwirkung beider Parteien Gewicht legen, in Wirklichkeit aber zu dem Wesen der Offerte als einseitiger Willenserklärung im Widerspruche stehen.

Inwieweit die praktischen Konsequenzen die Offertentheorie zu unterstützen vermögen, das zu prüfen, soll erst später unsere Aufgabe sein.

Nach unseren Ausführungen (§ 3) kann aber die Grundlage eines vertragsbegründenden Gestaltungsrechtes nicht nur durch eine bindende Offerte gebildet werden — dergestalt, daß die Ausübung des Gestaltungsrechtes nichts anderes ist als die Annahmeerklärung dieser Offerte —, sondern das Gestaltungsrecht kann auf einem zweiseitigen Rechtsgeschäfte, einem gegenseitigen Vertrage der Parteien, beruhen. Über die Zulässigkeit derartiger Verträge und ihr Verhältnis zu dem mit der rechtsgestaltenden Erklärung zum Abschlusse kommenden Hauptvertrage ist ebenfalls bereits gesprochen worden.[5])

Wenn wir sonach das Wiederkaufsrecht als ein vertragsmäßig eingeräumtes Gestaltungsrecht bezeichnen und hierbei den Einräumungsvertrag auf Grund unserer Ausführungen als einen besonders gearteten Vorvertrag ansprechen können, so wollen wir es von vornherein ablehnen, uns auf den Boden der „Vorvertragstheorie" zu stellen, wie sie Dernburg vertritt. Dieser[6]) erblickt in dem ursprünglichen Kaufvertrage einen Vorvertrag normaler Art und läßt den neuen Kaufvertrag, den Rückkauf, ebenfalls in normaler Weise durch einen Antrag des Käufers und dessen Annahme seitens des Verkäufers geschlossen werden lediglich mit der Besonderheit, daß die Annahmeerklärung unter Anwendung des § 151

---

[5]) vgl. § 3 dieser Abhandl.

[6]) vgl. Dernburg, Lehrb. § 198 I, IV.

BGB. stillschweigend erfolgt. Hier ist also die Erklärung des Berechtigten lediglich ein Vertragsangebot. Dem aber steht vor allem das Bedenken entgegen, daß der Antragsempfänger grundsätzlich die Befugnis hat, die Offerte nicht anzunehmen, während beim Wiederkaufe der Wiederverkäufer ein Verpflichteter ist und nicht die Befugnis der Ausschlagung der Offerte hat.

Wenn wir nun den mit der Wiederkaufsabrede geschlossenen Kaufvertrag in Beziehung auf den Rückkauf als einen Vorvertrag bezeichnen, so haben wir uns dabei stets vor Augen zu halten, daß nicht ein Vorvertrag normaler Art vorliegt. Die Bezeichnung dieser Theorie etwa als „Vorvertragstheorie“ würde ihrem Wesen in jeder Weise widersprechen. Der Grundzug des Wiederkaufes als eines durch die einseitige Erklärung des Berechtigten geschlossenen Kaufvertrages ist stets zu betonen und an der Eigenschaft des Wiederkaufsrechtes als eines Gestaltungsrechtes festzuhalten. Während dieses bei der Offertentheorie auf einem einseitigen Rechtsgeschäfte beruht, ist es hier aus vertraglichen Beziehungen beider Parteien erwachsen. Damit, daß diese den ersten Kaufvertrag abschließen, schließen sie zugleich einen Vertrag dahin ab, daß der Verkäufer dieses Kaufvertrages ein Gestaltungsrecht erhält, durch dessen Ausübung er einen neuen Kaufvertrag zum Abschlusse bringt. Dieser begründet einmal als solcher die aus einem Kaufvertrage sich ergebenden Rechte, zugleich aber hebt er die aus dem ersten Kaufvertrage begründeten Rechtsbeziehungen auf bezw. verändert sie. Alles das sind Wirkungen, wie sie nur eine Gestaltungserklärung auszulösen vermag.

Nimmt man als Grundlage des Gestaltungsrechtes einen Vertrag an, so ergibt sich gegenüber der Offertentheorie, rein äußerlich betrachtet, der Vorzug, daß diese Auffassung

der tatsächlich vorhandenen Lage weit mehr gerecht wird, da sie die stets vorhandenen beiderseitigen Parteierklärungen bei Einräumung des Rechtes zum Gegenstande der rechtlichen Würdigung macht.

In der Literatur wird das Wiederkaufsrecht vorwiegend als ein auf Vertrag beruhendes Gestaltungsrecht betrachtet, freilich mit recht verschiedenen Bezeichnungen bei den einzelnen Vertretern. So nimmt z. B. Schollmeyer[7]) ein „Einlösungsrecht" an, während Oertmann[8]) das Gestaltungsrecht nicht so sehr als ein den neuen Kaufvertrag begründendes, sondern vorwiegend die Rechte aus dem ersten Kaufvertrage aufhebendes Recht betont und ein „Rücktrittsrecht oder diesem ähnliches Recht des rechtlichen Könnens" annimmt. Gerade diese Wirkung des Gestaltungsrechtes zu betonen, steht jedoch im Widerspruche zum Gesetze, das nicht von einer Aufhebung des früheren, sondern dem Abschlusse eines neuen Kaufvertrages spricht. Ein vertragsmäßig eingeräumtes Gestaltungsrecht im Sinne einer den neuen Kaufvertrag begründenden Gestaltungserklärung nehmen u. a. an: Seckel,[9]) Landsberg,[10]) Walsmann[11]) und Burdorff.[12])

Die praktischen Konsequenzen dieser Theorie mit der Offertentheorie, die rein juristisch beide Existenzberechtigung haben, zu vergleichen und danach die Entscheidung für die eine oder andere zu treffen, soll erst an späterer Stelle unsere Aufgabe sein.

---

7) Recht der einzelnen Schuldverhältnisse S. 40 ff.

8) Oertmann a. a. O. Vorbem. 2d zu § 497 S. 485/86.

9) Seckel a. a. O. S. 212, 218 Anm. 4.

10) Landsberg, Recht des BGB I § 130, 4 S. 438.

11) Walsmann a. a. O. S. 224 ff., 277 ff.

12) Burdorff, Obligatorisches Vorkaufs- und Wiederkaufsrecht, Erlanger Diss., S. 44.

§ 5.

Das Vorkaufsrecht.

Unter den besonderen Arten des Kaufes, bei denen der Kaufvertrag durch eine einseitige Erklärung der einen Partei zum Abschlusse kommt, behandelt das Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 504 ff. den Vorkauf. Bei diesem räumt die eine Partei der anderen die Befugnis ein, für den Fall, daß sie einen bestimmten Gegenstand an einen Dritten verkaufen sollte, selbst mit ihr zu den gleichen Bedingungen, wie sie mit diesem vereinbart sind, einen Kaufvertrag abzuschließen. Bei Einräumung des Vorkaufsrechtes ist also wohl der Vertragsgegenstand und die Person des Vorkaufsberechtigten bestimmt, nicht aber der Kaufpreis. Dessen Höhe richtet sich für den Berechtigten vielmehr lediglich nach den zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten getroffenen Vereinbarungen. Es kann der Berechtigte von seinem Rechte erst dann Gebrauch machen, wenn der Verpflichtete mit einem Dritten einen Kaufvertrag über den Gegenstand des Vorkaufsrechtes geschlossen hat. Die Bedingungen dieses Kaufvertrages sind ihm daher mitzuteilen — vgl. § 510 BGB. —, damit er sich darüber schlüssig werden kann, ob er von seinem Rechte Gebrauch machen will oder nicht. Will er sein Recht ausüben, so geschieht dieses durch eine einseitige Erklärung seinerseits, mit deren Zugehen beim Verpflichteten der Kaufvertrag zwischen beiden zum Abschlusse kommt. Es ist daher diese Erklärung eine Gestaltungserklärung, d. h. Ausübung eines subjektiven (konkreten) Privatrechtes durch eine einseitige Willenserklärung, durch welche Rechte begründet, verändert oder aufgehoben werden. Sehen wir einmal von dem einen Falle eines gesetzlichen

Vorkaufsrechtes im § 2034 BGB. ab, so beruht auch hier das Gestaltungsrecht auf einem Rechtsgeschäfte. Die Frage, ob dieses ein einseitiges oder zweiseitiges ist, bleibt auch hier zu prüfen. Ebenso wie beim Wiederkaufsrechte können auch hier nur die Offerte und der besonders geartete Vorvertrag in Betracht kommen.

Wenn wir eine Offerte als Grundlage für das Gestaltungsrecht annehmen, so scheidet eine solche mit der kurzen Gebundenheitsfrist des § 147 BGB. von vornherein aus. Denn eine solche Vorkaufsofferte kann nur von geringer praktischer Bedeutung sein. Auch die Vorkaufsofferte muß eine langfristige kraft Parteiwillens sein. Es muß daher das im vorigen Paragraphen bezüglich der Wiederkaufsofferte Gesagte hier Anwendung finden, freilich mit einigen in der Natur dieses Rechtsinstitutes liegenden Besonderheiten. Während die Annahme der Wiederkaufsofferte mangels einer vom Offerenten bestimmten Gebundenheitsfrist nur binnen der Frist des § 503 BGB. erklärt werden kann, findet sich eine solche Dispositivvorschrift beim Vorkaufsrechte nicht. Hier ist lediglich im § 514 BGB. gesagt, daß das Vorkaufsrecht im Zweifel nicht auf die Erben des Berechtigten übergeht, während der Übergang auf die Erben des Verpflichteten als selbstverständlich nicht besonders erwähnt ist.[1]) Die Gebundenheitsfrist des Offerenten an seinen Antrag ist demnach — mangels einer Bestimmung seinerseits — auf die Lebenszeit des Antragsempfängers beschränkt; er bindet aber auf diese Zeit auch seine Erben. Soll aber auch das Recht aus der Offerte vererblich sein, so muß der Wille des Offerenten erkennbar darauf gerichtet sein. Dieses entspricht durchaus der allgemeinen

[1]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 51.

Vorschrift des § 153 BGB. für jedes Vertragsangebot. Denn auch bei diesem ist das Recht aus der Offerte nur dann vererblich, wenn sie offenbar auch für die Rechtsnachfolger des Antragsempfängers bestimmt war.[2]) Es unterscheidet sich die Vorkaufsofferte daher von der Offerte überhaupt nur durch die eintretende lange Gebundenheitsfrist des Offerenten, auch wenn eine solche nicht bestimmt ist.

Die Ausübung des Vorkaufsrechtes ist danach die Annahmeerklärung der Offerte. Während aber die gewöhnliche Annahmeerklärung innerhalb der bestimmten Frist jederzeit abgegeben werden kann, ist die Vorkaufserklärung an eine besondere Voraussetzung geknüpft: sie kann nur dann erfolgen, wenn der Offerent mit einem Dritten über den Gegenstand des Vorkaufsrechtes einen Kaufvertrag abgeschlossen hat. Dessen Vorhandensein ist also Bedingung für die Abgabe der Gestaltungserklärung, und erst mit ihm wird die Offerte überhaupt annahmefähig. Dagegen datiert die Gebundenheit des Offerenten nicht etwa erst von diesem Zeitpunkte ab, sondern bereits seit der Stellung der Vorkaufsofferte. Es ist also nicht die Wirkung der Offerte, die Gebundenheit des Offerenten, bedingt, sondern die Annahmefähigkeit der Offerte.

Hier scheint eine Stütze der „Bedingungstheorie" zu liegen, die auch auf den Wiederkauf Anwendung findet. Sie erblickt in der Einräumung des Vorkaufsrechtes den Abschluß eines bedingten Kaufvertrages, bedingt einmal durch den Abschluß eines Kaufvertrages über den Gegenstand des Vorkaufsrechtes mit einem Dritten, dann aber durch

---

[2]) vgl. Fischer-Henle, Komm. zu § 153 BGB.; Staudinger a. a. O. Anm. 3 zu § 153 S. 578.

das placere des Berechtigten.[3]) Gegen diese Theorie ist vor allem einzuwenden, daß sie mit dem Wortlaute des § 505 BGB. im Widerspruche steht. Denn hiernach kommt der Kaufvertrag erst mit der Erklärung des Vorkaufsberechtigten zum Abschlusse.[4]) Ein weiteres Bedenken ergibt sich ferner aus dem Operieren mit der Wollensbedingung. Zu dieser werden wir freilich erst im folgenden Paragraphen bei der Behandlung des Rechtsinstitutes, welches ihre Stütze bildet, Stellung zu nehmen haben. Zur Abweisung der Bedingungstheorie beim Vorkaufe und Wiederkaufe genügt der Umstand, daß sie mit dem Wortlaute des Gesetzes nicht vereinbar ist, vollauf. Die Natur des Vorkaufsrechtes als eines Gestaltungsrechtes scheint mir keinem Zweifel unterliegen zu können. Ferner scheint man nach unseren Ausführungen als Grundlage dieses Gestaltungsrechtes unbedenklich eine Offerte des Verpflichteten annehmen zu können, ebenso wie beim Wiederkaufsrechte. Hier wie dort ein Bedenken aus der langen Gebundenheitsfrist des Offerenten herzuleiten, wie es Oertmann will,[5]) erscheint mir nicht berechtigt. Mit vollem Rechte tritt dem Endemann[6]) entgegen, der — ebenso wie Planck[7]) — die Offertentheorie vertritt. Auch das beim Wiederkaufsrechte geäußerte tatsächliche Bedenken, daß die Offerte lediglich Konstruktion ist und

---

[3]) vgl. u. a. Staudinger a. a. O. Vorbem. 5 zu §§ 504 ff. S. 775; Enneccerus a. a. O. § 339 II S. 337/38, § 340 I S. 340, sowie früher auch Oertmann Vorbem. zu §§ 504 ff. Letzterer konstruiert jetzt anders.

[4]) Entsprechend beim Wiederkaufe nach § 497 BGB.

[5]) Oertmann a. a. O. Vorbem. 2b zu § 497 S. 488. Wie Oertmann auch Schaefer, Wiederkaufsrecht, Diss. Leipzig, S. 9 ff.

[6]) Endemann a. a. O. § 162 Anm. 18 S. 1013.

[7]) Planck a. a. O. Vorbem. zu §§ 504 ff.

eine Zerlegung eines abgeschlossenen Kaufvertrages in einen solchen und eine Offerte zu einem neuen Vertrage erfordert, trifft hier nicht zu. Wenn tatsächlich bei Einräumung eines Vorkaufsrechtes auch meist Verhandlungen beider Parteien stattfinden, so kann als deren rechtlich allein beachtliches Ergebnis sehr wohl eine Offerte in Betracht kommen, zumal einer solchen im praktischen Leben häufig längere Verhandlungen vorausgehen, die meist nur eine Aufforderung zum Stellen einer Offerte darstellen.

Wenn sich Bedenken gegen die Offertentheorie erheben, so können sie nicht aus dem rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrechte begründet werden, sondern nur aus dem gesetzlichen des § 2034 BGB. Denn bei diesem, das doch inhaltlich dem Vorkaufsrechte der §§ 504 ff. BGB. gleich ist, versagt allerdings die Offertentheorie in direkter Anwendung und müßte, wenn sie sich behaupten will, zur Fiktion einer Offerte schreiten.

Ein Gestaltungsrecht aber auf einer fingierten Offerte beruhen zu lassen, erscheint im höchsten Grade bedenklich. Dieses aber wird bei der bereits beim Wiederkaufsrechte erörterten Konstruktion eines vertragsmäßig eingeräumten Gestaltungsrechtes vermieden. Deren Anwendung auch auf das Vorkaufsrecht erscheint mir unbedenklich. Der Unterschied zwischen dieser Theorie und der Offertentheorie liegt ja nur darin, daß bei letzterer ein einseitiges Rechtsgeschäft die Grundlage des Gestaltungsrechtes bildet, bei der ersterwähnten aber ein gegenseitiger Vertrag, durch welchen der Vorkaufsberechtigte das Recht erhält, einen Kaufvertrag durch seine einseitige Erklärung zum Abschlusse zu bringen. Da hier ein Vertrag der Parteien vorliegt, so findet auch die Mitwirkung des Berechtigten bei Einräumung seines Rechtes Beachtung. Der

Unterschied zwischen dem Vorkaufsrechte der §§ 504 ff. BGB. und des § 2034 BGB. besteht dann nur in der Grundlage des Rechtes. Denn in beiden Fällen ist das Vorkaufsrecht ein Gestaltungsrecht, beruht jedoch das eine Mal auf einem Vertrage, das andere Mal auf dem Gesetze. Beide können die Grundlage von Gestaltungsrechten bilden.[8]) Wie die beiden Arten der Vorkaufsrechte inhaltlich gleich und nur in ihrer Grundlage verschieden sind, so bleibt es entsprechend bei der Theorie des vertragsmäßig eingeräumten Gestaltungsrechtes für das Vorkaufsrecht der §§ 2034 u. 504 ff. BGB. Bei letzterem allein freilich sind beide Theorien in gleicher Weise anwendbar und kann die Überlegenheit der einen über die andere nur aus den praktischen Konsequenzen hergeleitet werden. Doch bevor wir auf diese eingehen, werden wir uns noch einem anderen Rechtsinstitute zuzuwenden haben.

§ 6.

Der Kauf auf Probe.

Unter den besonderen Arten des Kaufes behandelt das Bürgerliche Gesetzbuch nach dem in rechtlicher Beziehung kaum Besonderheiten bietenden Kaufe nach Probe an zweiter Stelle den Kauf auf Probe vor dem hier bereits behandelten Wiederkaufe und Vorkaufe.

Daß die gleiche juristische Konstruktion für alle drei besonderen Arten des Kaufes an sich äußerst wünschenswert ist, unterliegt keinem Zweifel. Versuche in dieser Richtung sind wiederholt gemacht worden, freilich meist zum Schaden der einfachen Konstruktion des Wiederkaufs-

---

[8]) vgl. Seckel a. a. O. S. 218.

und Vorkaufsrechtes. Während das Gesetz bei diesen sich jeder konstruktionellen Bestimmung enthalten hat, sagt § 495 BGB., daß der Kauf auf Probe „im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung" geschlossen ist. Damit scheint sich das Gesetz für den Kauf auf Probe grundsätzlich auf den Boden der Bedingungstheorie gestellt zu haben, ob freilich unter hinreichender Würdigung aller praktischen Konsequenzen, mag einstweilen dahingestellt bleiben. Da die vom Gesetze normierte Bedingung der Billigung vollkommen im freien Belieben des Käufers steht und lediglich von seinem Wollen abhängt, so berufen sich die Anhänger der Lehre von der reinen Wollensbedingung immer wieder auf den Kauf auf Probe zum Nachweise dafür, daß das Gesetz diese anerkannt hat. Mit Unrecht; denn eine solche Singularität kann — wenn sie überhaupt Existenzberechtigung hat — keineswegs zur Grundlage einer allgemeinen Lehre gemacht werden, die noch dazu im Widerspruche zu der ganzen historischen Entwicklung steht. Aber wenden wir uns selbst einmal dieser Frage zu.

Gesetzt, die fragliche konstruktionelle Bestimmung fehlte im Gesetze ganz, was würde damit praktisch geändert sein? Nichts! Dagegen wäre dann die juristische Konstruktion der Wissenschaft überlassen, die jetzt — von wenigen Ausnahmen abgesehen — hier kapitulieren zu müssen glaubt. Denken wir uns einmal die fragliche Bestimmung im § 495 BGB. fort, so daß dessen erster Absatz nur lautete:

> „Bei einem Kaufe auf Probe oder auf Besicht steht die Billigung des gekauften Gegenstandes im Belieben des Käufers".

Es ist wohl anzunehmen, daß die herrschende Meinung dann einen Kaufvertrag mit Rücktrittsvorbehalt für vor=

liegend erachten würde, also auch schon den Begriff des Gestaltungsrechtes hineinbrächte, allerdings eines vorwiegend Rechte aufhebenden. Hierzu würde nur der Ausdruck „gekaufter Gegenstand" verleiten. Stände statt dessen „Kaufgegenstand" im Gesetze, so wäre die gleiche Konstruktion wie beim Wiederkaufe und Vorkaufe gegeben, und der Annahme eines vertragsbegründenden Gestaltungsrechtes ständen keinerlei Bedenken im Wege. Allein gerade darin liegt die Inkonsequenz des Gesetzes, daß es hier wesensverwandte Rechtsinstitute auseinander reißt und bei Wiederkauf und Vorkauf den Kaufvertrag erst mit der Erklärung des Berechtigten geschlossen sein läßt, während eine entsprechende Erklärung des Käufers beim Kaufe auf Probe nur zum Bedingungstatbestande für den Eintritt der Wirkungen eines vorher schon geschlossenen Kaufvertrages erhoben ist. Ganz abgesehen davon, daß dabei ein Schwebezustand für die Vertragswirkungen eintritt, der niemals im Verkehrsinteresse liegt, ist die Bedingung eine völlig in das Belieben des Käufers gestellte Erklärung, die von dem Regelfalle der Bedingung als dem Eintreten eines künftigen noch ungewissen Ereignisses, das nicht ausschließlich im Willen der Parteien liegt, erheblich abweicht. Zu einer solchen Annahme eines aufschiebend bedingten Kaufes aber würde man ohne die fragliche Bestimmung des § 495 BGB. niemals kommen. Auch steht eine solche Konstruktionsvorschrift im Widerspruche mit der Absicht und der Aufgabe des Gesetzgebers. Denn diese geht lediglich dahin, praktisch brauchbare Rechtsvorschriften zu geben, während die juristische Konstruktion der Rechtsinstitute der Wissenschaft überlassen bleiben muß. Es fragt sich deshalb, ob das Gesetz durch eine Dispositivvorschrift — wie sie die hier fragliche des § 495 BGB. doch ist — bereits eine juristische Konstruk-

tion geben kann, oder ob die Absicht des Gesetzgebers nicht dahin ging und lediglich seine Ausdrucksweise verfehlt ist.

Nicht selten finden wir im Gesetze eine Fiktion. Gewiß soll hier keine Wirklichkeit geschaffen werden, sondern es soll lediglich die Sachlage rechtlich so beurteilt werden, wie wenn der fingierte Tatbestand Wirklichkeit wäre. Es muß zugegeben werden, daß in solchen Fällen die Ausdrucksweise des Gesetzes erkennen läßt, daß es sich um eine Unterstellung handelt, während beim Kaufe auf Probe der Wortlaut des Gesetzes einer solchen zu widersprechen scheint. Denn es heißt dort nicht etwa, der Kauf auf Probe gilt im Zweifel als unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen, sondern er ist es im Zweifel. Aber da es dem Gesetzgeber fern liegt, theoretische Konstruktionen zu bestimmen, sondern er lediglich die praktischen Folgen im Auge hat, so kann der Sinn dieser Worte auch nur der sein, daß die praktischen Folgen eines Kaufes auf Probe die sein sollen, welche bei Abschluß eines aufschiebend bedingten Kaufvertrages eintreten würden. Die Bedingung dieses Vertrages besteht in der „Billigung". Darüber, ob damit die Billigung des Kaufgegenstandes als solchen im Sinne von einem Gutheißen desselben gemeint ist oder eine Billigung des Vertrages überhaupt, kann m. E. ein Zweifel nicht ernstlich bestehen. Denn es kommt doch nicht darauf an, daß die Kaufsache als solche meinen Beifall findet. Trotzdem können ja Gründe vorliegen, die mir ihren Erwerb nicht wünschenswert erscheinen lassen; es kann z. B. der auf Probe gekaufte Teppich mir außerordentlich gut gefallen, und ich mache dem Verkäufer kein Hehl daraus. Gleichwohl will ich ihn nicht behalten, da er für das Zimmer, für welches er bestimmt

ist, sich als nicht passend erweist. Hier habe ich mein Wohlgefallen an dem Kaufgegenstande ja erklärt, doch wird wohl niemand schon aus diesem Grunde sagen, ich habe meine „Billigung“ zu erkennen gegeben. Als solche kann man doch nur ein Wollen des Kaufvertrages mit seinen Wirkungen verstehen, die — nach der Ausdrucksweise des Gesetzes — bis dahin in der Schwebe waren. In der Praxis dürften sich Schwierigkeiten in der Beziehung, ob eine „Billigung“ vorliegt, kaum ergeben. Denn niemand ist so töricht, daß er sein Gutheißen des Kaufgegenstandes erklärt, wenn er ihn nicht erwerben will, ohne zugleich letzteres Moment zum Ausdrucke zu bringen.

An sich steht die Billigung im freien Belieben des Käufers und ist lediglich von seinem Willen abhängig. Bei Annahme eines bedingten Kaufes kann man daher wohl von einer „Wollensbedingung“ sprechen, und diese scheint ja das Gesetz selbst zu normieren.

Praktisch wird der Fall meist so liegen, daß der Kaufgegenstand dem Käufer zwecks Prüfung übergeben ist. Nach § 496 BGB. gilt in diesem Falle sein Schweigen als „Billigung“. Bedingungsinhalt ist dann nicht das Erklären der Billigung, sondern das Nichterklären der Mißbilligung. Statt der Bedingung si emptor voluerit haben wir demnach die — ebenfalls aufschiebende — Bedingung nisi noluerit bei Abschluß des Kaufvertrages. Beide zeigen bezüglich des Willens des Käufers nicht unerhebliche Abweichungen voneinander: bei der Bedingung si voluerit ist ein bestimmter Wille des Käufers, gerichtet auf die Wirkungen des Vertrages, bei dessen Abschluß noch nicht zum Ausdrucke gekommen, sondern der Eintritt dieses Willens und seine Erklärung ist Bedingungsinhalt. Dagegen ist bei der Bedingung nisi noluerit

dieser Wille beim Vertragsschlusse vorhanden. Es wird aber damit gerechnet, daß er binnen bestimmter Zeit, vor allem nach eingehender Prüfung der Kaufsache, aufhören kann, und es ist deshalb die Wirkung des Vertrages an die Fortdauer dieses Willens geknüpft. Es wird hier deshalb praktisch die Bedingung des Erklärens der Billigung — etwas Positives — zu einer Bedingung des Nichterklärens der Mißbilligung — etwas Negativem — werden. Hier ergibt sich ohne weiteres praktisch die Überflüssigkeit der Bedingung nisi noluerit. Denn die Parteien werden in einem solchen Falle wohl ausnahmslos den ihnen weit geläufigeren Vorbehalt des Rücktrittsrechtes wählen. Auch ohne daß dieses beim Vertragsschlusse mit seiner Bezeichnung als solches eingeräumt wird, ist die Sachlage meist eine solche, daß der Richter, dem ja die rechtliche Würdigung der von den Parteien vorgetragenen Tatsachen obliegt, weit eher zur Annahme eines Kaufvertrages mit Rücktrittsvorbehalt kommen wird als zur Konstruktion eines Kaufvertrages unter der Bedingung nisi emptor noluerit. Daß jedoch, rein theoretisch betrachtet, die Sachlage nicht in beiden Fällen die gleiche ist, darf nicht verkannt werden. Denn der aufschiebend bedingte Kaufvertrag ist nur hinsichtlich seiner Wirkungen in der Schwebe, während ein Vertrag mit Rücktrittsvorbehalt sofort voll wirksam ist und durch die Rücktrittserklärung der hierzu berechtigten Partei mit Wirkung ex tunc aufgehoben wird. Freilich ist diese Wirkung der Rücktrittserklärung nicht unbestritten. Ihre rückwirkende Kraft verneinen u. a. Dernburg,[1] Crome[2] und Endemann,[3] während eine mittlere Theorie durch die

[1] Dernburg, Lehrb. § 107 V.

[2] Crome, System § 174 Nr. 4.

[3] Endemann a. a. O. § 148 Nr. 2.

Rücktrittserklärung die noch nicht vollzogenen Verpflichtungen für ipso iure beseitigt erklärt, für die vollzogenen aber nur einen Rückforderungsanspruch gewährt.[4]) Gegen diese beiden Theorien und für die Rückwirkung der Gestaltungserklärung beim Rücktrittsrechte führen mit Recht Oertmann[5]) und Staudinger[6]) beachtliche Gründe an. Das Rücktrittsrecht zeigt daher eine große Ähnlichkeit mit einer auflösenden Bedingung und weist kaum nennenswerte Unterschiede auf.[7]) Deren wesentlichster besteht darin, daß die auflösende Bedingung grundsätzlich der rückwirkenden Kraft entbehrt; Ausnahme § 159 BGB.

Besonders scharf zu scheiden ist dagegen die auflösende Bedingung von der Bedingung nisi emptor noluerit beim Kaufe auf Probe. Der Tatbestand verleitet hier nur zu leicht zur Annahme einer auflösenden Bedingung: der Kaufgegenstand wird dem Käufer übergeben, er will ihn nicht behalten und erklärt innerhalb der ihm zur Erklärung seiner Mißbilligung bestimmten Zeit diese. Nimmt man hier die auflösende Bedingung der Mißbilligung an, so treten — ebenso wie beim Rücktrittsrechte — die Wirkungen des Kaufvertrages bereits mit der Hingabe des Kaufgegenstandes ein. Es kann hier mangels eines klar zum Ausdrucke kommenden Parteiwillens sehr zweifelhaft sein, ob die Erklärung der Mißbilligung des Käufers die Erfüllung des Tatbestandes einer auflösenden Bedingung oder eine Rücktrittserklärung darstellt. Wenn dagegen ein wahrer Kauf auf Probe vorliegt unter der Bedingung nisi emptor noluerit, so

[4]) vgl. u. a. Seckel a. a. O. S. 222.

[5]) Oertmann a. a. O. Vorbem. 2 zu §§ 346 ff. S. 235.

[6]) Staudinger a. a. O. Vorbem. IV zu §§ 346 ff. S. 334.

[7]) vgl. darüber Oertmann a. a. O. Vorbem. 4 zu §§ 346 ff. S. 236.

ist diese eine aufschiebende Bedingung für den Eintritt der Vertragswirkungen. Denn tatsächlicher Bedingungsinhalt ist auch hier die Billigung, erklärt durch Stillschweigen des Käufers. Die hier erörterten Fälle von aufschiebender und auflösender Bedingung sowie Vorbehalt des Rücktrittsrechtes bei einem Kaufvertrage zeigen jedenfalls, wie außerordentlich schwierig im Einzelfalle die Scheidung ist und wie wenig scharf sich der wahre Kauf auf Probe im Einzelfalle abgrenzen läßt. Ein näheres Eingehen auf dieses Problem erübrigt sich hier aus dem Grunde, weil der Versuch gemacht werden soll, den Kauf auf Probe anders als mit der Bedingungstheorie zu konstruieren und dadurch diese Schwierigkeiten zu vermeiden. Wenn aber eine solche Konstruktion nicht als im Widerspruche mit dem Gesetze stehend von vornherein der allgemeinen Ablehnung begegnen soll, so bedarf es zuvor des Nachweises, daß gerade die gesetzliche Konstruktion nicht haltbare Ergebnisse zur Folge hat.

Ist der Kauf auf Probe ein aufschiebend bedingter Kauf, so ist der Kaufvertrag bereits vor der Probezeit zum Abschlusse gekommen, und zwar in der regelmäßigen Form von Antrag und Annahmeerklärung. Beide sind rechtsgeschäftliche Willenserklärungen und beide zum Vertragsschlusse erforderlich. Betrachten wir nun die Stellung des Käufers, so liegt auf seiner Seite eine Willenserklärung vor, deren Rechtsfolgen jedoch erst dann eintreten sollen, wenn der Käufer in Zukunft eine auf die gleichen Rechtsfolgen gerichtete Erklärung abgibt. Das aber scheint mir ein Widerspruch in sich selbst zu sein. Denn zum Wesen einer Willenserklärung gehört es, daß ihre Rechtsfolgen deshalb eintreten, weil sie gewollt sind. Die Parteien haben es dagegen nicht in der Hand, zu bestimmen, daß eine Erklärung zwar Willenserklärung sein soll — und

dieses muß der Fall sein, wenn beim Kaufe auf Probe ein Kaufvertrag sofort geschlossen sein soll —, ihre Rechtsfolgen aber davon abhängen sollen, daß in Zukunft eine auf die gleichen Rechtsfolgen gerichtete Erklärung abgegeben wird. Die Rechtsfolgen, die eine Willenserklärung zwingenden Rechtes hat, können hier entweder nur an die erste oder an die zweite Erklärung des Käufers knüpfen, aber auch nur die Erklärung, an welche sie knüpfen, ist eine Willenserklärung. Eine Teilung etwa in der Weise, daß die Rechtsfolgen an jede Erklärung zu einem Teile und vollständig erst an beide zusammen anknüpfen sollen, ist nicht denkbar. Denn die gesamten Rechtsfolgen treten bereits mit der Abgabe einer Willenserklärung ein und können nicht zum Resultate zweier Erklärungen gemacht werden. Dagegen spricht auch nicht der Umstand, daß im Gesetze Tatbestände anerkannt sind, bei welchen ein Rechtsgeschäft bezüglich seiner Wirkungen in der Schwebe ist bis eine zweite Willenserklärung, die eine Bestätigung der ersten bildet, auch diese auslöst. Es wird z. B. das von einem Minderjährigen vorgenommene Geschäft erst mit der Bestätigung seitens seines gesetzlichen Vertreters wirksam oder, was hier noch eher herangezogen werden könnte, damit, daß der inzwischen volljährig gewordene minderjährige Kontrahent seine frühere Erklärung bestätigt. Es ist bei diesen Beispielen aber zu bedenken, daß der Minderjährige gar nicht in der Lage ist, eine sogleich voll wirksame Erklärung abzugeben, sondern nur eine der Bestätigung bedürftige. Diese Bestätigung kann nicht seitens derselben Person erfolgen, sondern erfordert die Mitwirkung einer Person, welcher die dem Minderjährigen fehlende Macht innewohnt. In dieser Hinsicht ist auch der inzwischen volljährig gewordene eine andere Person als der Minderjährige.

Anders aber bei unbeschränkt Geschäftsfähigen; diese können stets voll wirksame Erklärungen abgeben und ihre Erklärungen sind es — wenn sie überhaupt Willenserklärungen im technischen Sinne sind — stets; sie haben es demnach auch nicht in der Hand, in dieser Hinsicht etwas Abweichendes nach ihrem Willen zu bestimmen. Ist daher der Kauf auf Probe ein bereits vor der Billigungserklärung des Käufers abgeschlossener Kaufvertrag, so muß auf seiner Seite auch schon eine Willenserklärung vorliegen, an die sich die Rechtsfolgen einer solchen knüpfen. Bei einem aufschiebend bedingten Kaufe kann demnach zum Bedingungsinhalte nicht wieder eine auf die Rechtsfolgen gerichtete Willenserklärung gemacht werden, da diese ja schon an die erste Erklärung, mit welcher der Kaufvertrag geschlossen wird, knüpfen. Es liegt vielmehr lediglich eine Potestativbedingung vor, die niemals als ein Rechtsgeschäft angesehen werden kann, da der Wille sich hier nicht wie bei der Erfüllung einer Obligation auf den eintretenden Rechtserfolg zu richten braucht.[8]) Deshalb ist eine Willenserklärung — wie sie ein Vertragsschluß doch erfordert — unter der Bedingung einer auf die gleichen Rechtsfolgen gerichteten zweiten Willenserklärung undenkbar. Denn Bedingungsinhalt kann nur ein Faktum sein, bei welchem der rechtliche Erfolg nicht in Rücksicht gezogen wird. Inhalt der Wollensbedingung kann demnach auch nur die Tatsache der Billigungserklärung sein, die nicht Willenserklärung ist und nicht deren Vorschriften untersteht. Tatsächlich scheint mir hiergegen der Umstand zu sprechen, daß der Käufer gerade bei der Billigungserklärung den rechtlichen

[8]) vgl. Manigk, Anwendungsgebiet S. 43 ff.; ähnlich Seckel a. a. O. S. 219.

Erfolg derselben weit mehr im Auge haben wird als vorher bei Abschluß des Vertrages. Zwischen den tatsächlichen Erklärungen und Absichten der Parteien und ihrer rechtlichen Beurteilung findet sich dann ein auffallender Widerspruch. Aber weit erheblichere Bedenken erheben sich hiergegen bei Betrachtung der Rechtsfolgen. Besteht der Bedingungsinhalt lediglich in der Tatsache der durch Worte oder durch Stillschweigen nach außen hin in die Erscheinung tretenden Billigungserklärung, so ist diese Tatsache ebensowenig wieder aus der Welt zu schaffen wie irgendein sonstiges Ereignis. Wie nun, wenn der Käufer irrtümlich gegen seinen inneren Willen seine Billigung erklärt, z. B. sich verspricht oder die Erklärung im Zustande der Bewußtlosigkeit abgibt? Da lediglich das äußere Faktum des eingetretenen Bedingungsinhaltes in Betracht kommt, so ist dieser mit der Abgabe der Erklärung in jedem Falle erfüllt, ohne daß die Möglichkeit bestände, durch Anfechtung der Erklärung die nunmehr ausgelösten Rechtsfolgen des Vertrages wieder zu beseitigen. Denn der Anfechtung wegen eines Willensmangels unterliegen nach §§ 116 ff. BGB. nur Willenserklärungen im technischen Sinne. Eine Ausdehnung dieser Vorschriften auch auf solche Erklärungen, die rechtlich nur unter dem Gesichtspunkte eines tatsächlich eingetretenen Ereignisses zu würdigen sind, ist aus keiner Gesetzesbestimmung zu entnehmen. Einer solchen aber bedürfte es hierzu.

Zu weiteren Bedenken gibt folgender Fall Anlaß: wird der Kaufvertrag auf Probe mit einem Minderjährigen geschlossen, so bedarf er der Bestätigung seitens des gesetzlichen Vertreters des Minderjährigen. Die Billigungserklärung dagegen als bloßes Faktum könnte der Minderjährige selbständig abgeben. Das aber würde dem Zwecke

der Bestimmung, daß Geschäfte Minderjähriger, welche ihnen nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen, der Bestätigung ihrer gesetzlichen Vertreter bedürfen, direkt entgegen sein. Diese Vorschrift bezweckt den Schutz der Minderjährigen dadurch, daß die ihrem Lebensalter regelmäßig noch fehlende Einsicht durch die reifere Erfahrung einer anderen Person ergänzt werden soll. Dem entspricht es aber, daß gerade beim Kaufe auf Probe die Billigungserklärung, welche die Vertragswirkungen auslöst, der Bestätigung bedarf. Kann doch gerade die Prüfung des Kaufgegenstandes dem Vertreter des Minderjährigen dessen Erwerb durch denselben nicht wünschenswert erscheinen lassen. Er muß dann kraft seiner Autorität auch die Befugnis haben, den vom Minderjährigen beabsichtigten Erwerb des Gegenstandes durch Versagung seiner Genehmigung zu verhindern. Das kann er nur dann, wenn die Billigungserklärung eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung ist, also niemals bei Konstruktion des Kaufes auf Probe als bedingten Kauf.

Diese beiden praktischen Fälle genügen wohl vollkommen, die Unhaltbarkeit der Bedingungstheorie bei logischer Durchführung hier zu zeigen. Nur eine solche Konstruktion kann mit den Grundgedanken des Gesetzes im Einklange stehen, welche der Billigung ihre Eigenschaft als r e c h t s g e s c h ä f t l i c h e W i l l e n s e r k l ä r u n g läßt, an welche auch erst die Rechtsfolgen des Kaufvertrages knüpfen. Dann aber kann ein solcher auch vorher noch nicht geschlossen sein, sondern erst mit dieser Erklärung zum Abschlusse kommen.

Wir müssen uns also in bewußten Gegensatz zu § 495 BGB. stellen und den Kauf auf Probe nicht im Zweifel als aufschiebend bedingten Kauf, sondern gerade im Zweifel — d. h. mangels eines erkennbar abweichenden

Parteiwillens — anders konstruieren, wenn wir praktisch brauchbare Ergebnisse erzielen wollen.

In keinem Falle aber können wir aus der ganz singulären Bestimmung des § 495 BGB. schlechthin die Zulässigkeit der reinen Wollensbedingung im Gegensatze zu der ganzen historischen Entwicklung folgern. Wie wäre es damit wohl vereinbar, daß die 2. Kommission bei der Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuches zwei Paragraphen des 1. Entwurfes (§§ 79 u. 138), welche die Zulässigkeit der Wollensbedingung anerkannten, gestrichen hat, wenn sie andererseits deren Zulässigkeit durch Konstruktion des Kaufes auf Probe als im Zweifel unter einer solchen Bedingung abgeschlossenen Kaufvertrag selbst hat anerkennen wollen? Aus dem Verhalten der Kommission geht m. E. vielmehr hervor, daß sie diese Frage noch nicht für spruchreif hielt und sie deshalb der Wissenschaft überlassen wollte, während beim Kaufe auf Probe bedauerlicherweise die Streichung der Wollensbedingung unterblieben ist.

Die praktischen Folgen zwingen uns jedoch, die Wollensbedingung abzulehnen und anders zu konstruieren. Ganz absehen will ich hier von den bedeutsamen praktischen Folgen der Bedingungstheorie auf dem landesrechtlichen Gebiete des Stempelrechtes, wie wir sie bei Raape, ebenfalls einem Gegner der Wollensbedingung, dargelegt finden.[9]) Wenn wir uns nunmehr über eine ganz singuläre Gesetzesbestimmung hinwegsetzen, so sind wir nicht die ersten, welche mit Rücksicht auf die praktischen Folgen und den Absichten des Gesetzes entsprechend hier der Notwendigkeit gehorchen.[10])

---

[9]) vgl. Raape, Wollensbedingung S. 63 ff.

[10]) vgl. Walsmann a. a. O. S. 273 ff.; Raape in seiner oben genannten Schrift.

Einen Anhaltspunkt für die Konstruktion bieten uns sowohl das Wiederkaufs- wie das Vorkaufsrecht, die beide bereits in den letzten Paragraphen behandelt sind. Bei beiden kommt der Kaufvertrag erst mit der Erklärung des Käufers, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen, zum Abschlusse. Eine Erklärung des Käufers haben wir auch beim Kaufe auf Probe, nämlich die „Billigung". Wenn erst mit dieser der Vertrag zum Abschlusse käme, so läge auch hier — wie beim Wiederkaufe und Vorkaufe — eine Gestaltungserklärung vor, die als Willenserklärung deren allgemeinen Vorschriften unterstände. Gerade dazu aber zwingt uns, wie wir nachgewiesen haben, das Verkehrsbedürfnis. Ebenso wie beim Vorkaufe und Wiederkaufe erklärt m. E. auch hier der Käufer, von einem ihm zustehenden subjektiven Rechte Gebrauch machen zu wollen. Diese Erklärung wirkt dann rechtsgestaltend und bringt den Vertrag zum Abschlusse. Gerade darin liegt der wesentliche Unterschied zwischen dieser Konstruktion und der des Gesetzes, daß bei letzterer der Kaufvertrag bereits vor der Probezeit geschlossen, in seinen Wirkungen jedoch bis zur Billigung aufschiebend bedingt ist, während bei der Annahme eines Gestaltungsrechtes erst die Billigung als Ausübung dieses Rechtes den Vertrag zum Abschlusse bringt. Gerade aus dieser verschiedenen Zeit des Vertragsschlusses ergeben sich die wesentlichen Unterschiede beider Theorien, die bei den bereits behandelten Fällen von Irrtum und Minderjährigkeit besonders deutlich hervortreten und gerade hier die Annahme eines Gestaltungsrechtes unterstützen. Dieses steht überhaupt, was die praktischen Folgen betrifft, in jeder Weise mit dem Gesetze im Einklange. Denn für diese ist es ohne Unterschied, ob ein Vertrag zwar geschlossen ist, aber hinsichtlich seiner Wirkungen bis zu

einem bestimmten Zeitpunkte in der Schwebe bleibt, oder ob er mit diesem Zeitpunkte auch erst zum Abschlusse gelangt als ein sofort vollwirksamer Vertrag. Da der Sinn der Bestimmung des § 495 BGB., der Kauf auf Probe ist im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen, auch nur der sein kann, daß die Wirkungen die eines aufschiebend bedingten Kaufes sein sollen, so steht die Annahme eines Gestaltungsrechtes in den Wirkungen nicht damit im Widerspruche.

Steht dem Käufer beim Kaufe auf Probe ein Gestaltungsrecht zu, so beruht dieses — wie beim Wiederkaufe und Vorkaufe — auf Rechtsgeschäft, das wieder — ebenso wie dort — ein einseitiges oder zweiseitiges sein kann, eine Offerte oder ein Vertrag. Als Offerte kann auch hier nicht die kurzfristige des § 147 BGB. in Frage kommen. Denn dann läge nicht ein Kauf auf Probe, sondern ein gewöhnlicher Kaufvertrag vor. Wir haben deshalb stets eine langfristig bindende Offerte anzunehmen Die Gebundenheitsfrist bestimmt in erster Linie der Offerent selbst, der ja langfristige Offerten schaffen kann. Anders als beim Wiederkaufsrechte haben wir hier keine mangels einer Parteibestimmung eingreifende gesetzliche Dispositivvorschrift, sondern es ist im § 496 BGB. lediglich gesagt, daß der Verkäufer, der von vornherein eine Frist nicht gesetzt hat, jederzeit nachträglich eine angemessene Frist bestimmen kann. Darüber, was angemessen ist, enthält das Gesetz keinerlei Bestimmung und kann eine solche bei der Verschiedenartigkeit der Kaufgegenstände auch nicht enthalten. Es hat vielmehr die Prüfung dieser Frage dem Ermessen des Richters im Einzelfalle überlassen. Die Frist muß in jedem Falle so beschaffen sein, daß in ihr eine Prüfung des Kaufgegenstandes zum mindesten in allen seinen wesentlichen

Teilen möglich ist. Es entscheidet deshalb in erster Linie der Kaufgegenstand selbst. Denn es ist klar, daß ein einfacher Gegenstand, z. B. ein Tisch, in wesentlich kürzerer Zeit geprüft werden kann als etwa ein Automobil oder irgendein kunstvoll gearbeitetes Instrument.

Das Gesetz kennt danach nur eine vom Verkäufer bestimmte Frist und enthält keinerlei Bestimmung darüber, wie lang die Frist beim Fehlen einer Parteibestimmung zu bemessen ist. Wie nun, wenn der Offerent von vornherein keine Frist gesetzt hat und nachträglich dazu nicht in der Lage ist oder stirbt, während seine Erben von der Verkaufsofferte keine Kenntnis haben und demgemäß zum Setzen einer Nachfrist nicht in der Lage sind? Hier eine zeitliche Grenze für die Gebundenheitsfrist überhaupt nicht anzunehmen, steht nicht nur mit dem mutmaßlichen Willen der Parteien, sondern auch mit den Zwecken des Rechtsinstitutes im Widerspruche. Denn es ist ein Kauf auf Probe, d. h. es soll eine Erprobung des Kaufgegenstandes erfolgen und danach soll der Käufer entscheiden, ob er ihn käuflich erwerben will oder nicht. Treu und Glauben verlangen unzweifelhaft, daß der Käufer die Sache unverzüglich nach der Kaufofferte erprobt und sodann erklärt, ob er den Kaufvertrag abschließen will oder nicht. Auch wenn ihm der Gegenstand nicht übergeben ist, hat er unverzüglich diejenigen Prüfungen vorzunehmen, von welchen er den Erwerb des Kaufgegenstandes abhängig machen will. Auf der anderen Seite erfordert es das Interesse des Verkäufers, daß er nicht länger an seinen Antrag gebunden bleibt, als voraussichtlich die Prüfung seines Angebotes bezw. der Kaufsache dauern kann, und zwar auch dann, wenn er diese Zeit nicht ausdrücklich bestimmt hat. Aus dem Zwecke des Rechtsinstitutes ergibt sich daher, daß die Frist der Gebunden-

heit des Antragstellers an seinen Antrag auch dann nur eine angemessene sein kann, wenn er eine solche überhaupt nicht bestimmt hat. Der Fall, daß er nachträglich eine solche setzt, wird praktisch meist erst dann eintreten, wenn er nach Verlauf einer angemessenen Frist eine Erklärung des Käufers nicht empfängt. Da bereits mit dem Ablaufe dieser Frist seine Gebundenheit erloschen ist, kann die nunmehr erfolgende Fristsetzung nur die Bedeutung einer neuen Vertragsofferte mit zeitlich begrenzter Gebundenheitsfrist haben.

Die Annahmeerklärung des Antragsempfängers kann nur innerhalb der Gebundenheitsfrist des Offerenten erfolgen; andernfalls gilt sie nach allgemeiner Vorschrift (§ 150 BGB.) als neuer — kurzfristiger — Antrag, der vom Käufer ausgeht.

Es sind hier zwei Fälle zu unterscheiden:

1. Der Kaufgegenstand ist dem Antragsempfänger nicht übergeben worden. Hier liegt ein Kauf auf Probe strenggenommen überhaupt nicht vor. Denn der Begriff der Probe setzt einen probeweisen Gebrauch des Gegenstandes voraus, der eine Überlassung desselben erfordert. Gleichwohl spricht jedoch das Gesetz hier von einem solchen. Hier muß die Annahme des Käufers ausdrücklich erklärt werden — „Billigung“ nach der Ausdrucksweise des Gesetzes.

2. Der Kaufgegenstand ist dem Antragsempfänger zugleich mit der Offerte zwecks Prüfung übergeben worden. Hier gilt sein Schweigen innerhalb der nach unseren obigen Ausführungen zu bestimmenden Frist als „Billigung“. Im Sinne der Offertentheorie gesprochen heißt das: die Annahmeerklärung der Offerte erfolgt hier durch Stillschweigen gemäß § 151 BGB. Hierbei findet sich folgende Besonderheit: die Annahme einer Offerte ist nach

unseren Ausführungen eine Gestaltungserklärung. Regelmäßig erfolgt die Ausübung eines Gestaltungsrechtes durch eine einseitige Willenserklärung des Berechtigten. Wie aber schon § 151 BGB. zeigt, kann ein Gestaltungsrecht unter Umständen auch durch Stillschweigen ausgeübt werden, das hier — ebenso wie auch sonst im Rechtsleben — dann eine Willenserklärung darstellt, wenn in ihm ein Wille erkennbar zum Ausdrucke kommt. Immerhin dürfte dieser Fall der Ausübung eines Gestaltungsrechtes durch Stillschweigen eine seltene Ausnahme bilden und sich wohl nur bei der Annahme einer Offerte und beim Kaufe auf Probe finden.

Als rechtsgeschäftlich begründetes Gestaltungsrecht kann das Recht des Kaufes auf Probe auch auf einem zweiseitigen Rechtsgeschäfte, einem Vertrage, beruhen. Ebenso wie beim Wiederkaufs- und Vorkaufsrechte steht dieser auch hier zum Kaufvertrage selbst im Verhältnisse eines Vorvertrages. Wo also die Parteien nach der Theorie der Wollensbedingung den bedingten Kaufvertrag abschließen, schließen sie hier nur einen Vorvertrag ab, während der Kaufvertrag selbst — wie der Rückkauf und Vorkauf — mit der einseitigen Erklärung des Käufers zum Abschlusse kommt. Bezüglich der Frist, innerhalb welcher diese Gestaltungserklärung abzugeben ist, muß hier das bereits oben bei der Offertentheorie Gesagte entsprechende Anwendung finden, ebenso für den Fall, daß die Gestaltungserklärung nach § 496 Satz 2 BGB. durch Stillschweigen abgegeben wird. Hier ist der Vertrag, durch welchen das Gestaltungsrecht begründet wird, zugleich ein Leihvertrag, der als solcher den Vorschriften der §§ 598 ff. BGB. untersteht. Das Leihverhältnis endet damit, daß der Entleiher und zugleich Gestaltungsberechtigte durch Abschluß des Kaufvertrages Eigentümer der Sache wird. Gibt er die

Gestaltungserklärung nicht ab und erwirbt sonach kein Eigentum an der Sache, so ist er nach § 604 Abs. 2 BGB. zur Rückgabe der Sache verpflichtet.

Wenn wir den Kauf auf Probe als ein rechtsgeschäftlich begründetes Gestaltungsrecht konstruieren, so kann sowohl ein einseitiges wie ein zweiseitiges Rechtsgeschäft seine Grundlage bilden. Beides ist juristisch in gleicher Weise berechtigt, letzteres bietet jedoch den Vorzug, daß die Parteien dort, wo sie nach der Ausdrucksweise des Gesetzes den bedingten Kaufvertrag schließen, auch in vertragliche Beziehungen zu einander treten und dadurch ein Unterschied gegen die gesetzliche Konstruktion weniger hervortritt.

Haben wir sonach die Berechtigung und Notwendigkeit der Konstruktion auch des Kaufes auf Probe als Gestaltungsrecht nachgewiesen, so haben wir damit auch die so wünschenswerte gleiche Konstruktion aller drei besonderen Arten des Kaufes erreicht, ohne daß dieses einem der Rechtsinstitute zum Schaden gereichte, wie das bei der Bedingungstheorie der Fall ist. Diese stößt, wie wir gesehen haben, überall an: beim Wiederkaufe und Vorkaufe steht sie mit der Ausdrucksweise des Gesetzes im Widerspruche, beim Kaufe auf Probe aber führt sie zu ganz unhaltbaren Ergebnissen.

Diese Mängel weist die Theorie des rechtsgeschäftlich begründeten Gestaltungsrechtes nicht auf. Rein juristisch betrachtet ist sie sowohl als Offertentheorie wie als Theorie des vertragsmäßig eingeräumten Gestaltungsrechtes anwendbar. Letztere entspricht meist mehr der wirklichen Sachlage. Welcher Theorie jedoch in Hinblick auf die praktischen Folgen der Vorzug zu geben ist, das soll nunmehr durch Anwendung der im Bürgerlichen Gesetzbuche gegebenen allgemeinen Vorschriften für Rechtsgeschäfte geprüft werden.

§ 7.

Anwendung der allgemeinen Lehren des Bürgerlichen Gesetzbuches über Rechtsgeschäfte auf beide Theorien.

1. Geschäftsfähigkeit.

Das Stellen einer Offerte ist ein Rechtsgeschäft. Als solches bezeichnete man früher „eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist".[1]) In der Erkenntnis dessen, daß das Rechtsgeschäft neben der Privatwillenserklärung als wesentlichstem Tatbestandsmomente auch noch andere Bestandteile enthalten kann, definiert man jetzt allgemein anders und bezeichnet als Rechtsgeschäft einen Tatbestand, dessen wesentlichster Inhalt eine Privatwillenserklärung ist und der von der Rechtsordnung als Grund für den Eintritt der als gewollt bezeichneten Rechtsfolgen anerkannt ist.[2]) Bei der Offerte deckt sich der Begriff des Rechtsgeschäftes mit dem der Willenserklärung. Als ein solches hat die Offerte grundsätzlich zur Voraussetzung ihrer Wirksamkeit, daß der Offerent unbeschränkt geschäftsfähig ist oder doch einem solchen gleichsteht; vgl. §§ 110 ff. BGB. Eine Ausnahme greift für solche Rechtsgeschäfte Platz, welche dem Minderjährigen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen; denn für diese bedarf er nach § 107 BGB. nicht der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters, die zu allen anderen Rechtsgeschäften des Minderjährigen erforderlich ist. Diese Bestimmung ist grundlegend für den ganzen Abschnitt des Bürgerlichen Gesetzbuches und gilt als eine Aus-

[1]) vgl. Mot. Bd. 1 S. 126.

[2]) vgl. u. a. Enneccerus a. a. O. § 136 II S. 347; Planck a. a. O. Vorbem. I, 1 zu §§ 104 ff. S. 222.

nahmebestimmung auch gegenüber den Paragraphen, die ihrer nicht Erwähnung tun.[3]) Nicht deckt sich der Begriff eines lediglich einen rechtlichen Vorteil bringenden Rechtsgeschäftes mit dem eines wirtschaftlich günstigen. Denn nicht darauf kommt es an, ob das Geschäft dem Minderjährigen ein Plus gegenüber seinem bisherigen Vermögensstande bringt, sondern darauf ob er lediglich einen rechtlichen Vorteil ohne jeden Rechtsverlust dadurch erlangt. Von diesem Standpunkte aus wird man z. B. die Annahme der Bezahlung einer Schuld an den Minderjährigen nicht als ein ihn lediglich rechtlich begünstigendes Geschäft bezeichnen dürfen, obwohl sein Vermögen dadurch ein Plus erfährt. Denn er verliert mit der Annahme des Geldes zugleich sein Forderungsrecht, erleidet also rechtlich einen Verlust.[4])

In dieser Beziehung wird es beim Stellen einer Offerte seitens eines Minderjährigen darauf ankommen, ob der Vertrag, auf welchen sie gerichtet ist, dem Offerenten lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt. Ist dieses der Fall, so bedarf die Offerte nicht der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Sehr häufig wird dieser Fall in der Praxis nicht vorkommen.

Da das Stellen einer Offerte ferner ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, so findet darauf der § 111 BGB. Anwendung. Es kann daher die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des Minderjährigen grundsätzlich nur vorher als Einwilligung erteilt werden. Andererseits aber zeigt sich hier doch die Doppelstellung der Offerte, die zugleich ein Teil des Vertrages ist, und daher, wenn ein solcher geschlossen ist, nach § 108 BGB. auch nachträglich genehmigt werden kann.

---

[3]) z. B. §§ 108, 111 BGB.

[4]) vgl. Enneccerus a. a. O. § 142 Anm. 2 S. 365.

Die Offerte ist weiter ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Grundsätzlich ist nach § 131 BGB. ein solches nur einem unbeschränkt Geschäftsfähigen gegenüber wirksam, einem beschränkt Geschäftsfähigen gegenüber nur dann, wenn die Willenserklärung seinem gesetzlichen Vertreter zugegangen ist. Eine Ausnahmestellung nehmen aber auch hier solche Erklärungen ein, welche dem Minderjährigen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen; denn diese können ihm gegenüber wirksam abgegeben werden.

Was die Vertragsofferte betrifft, so bringt sie als solche keinerlei Verpflichtungen für den Antragsempfänger mit sich, sondern verschafft ihm lediglich ein subjektives Recht, nämlich das Gestaltungsrecht der Annahmeerklärung. Mag diese selbst auch belastend für ihn wirken, die Rechtsposition, die ihn lediglich zur Abgabe einer solchen Erklärung befugt, bedeutet auch nur einen rechtlichen Vorteil für ihn. Mit Recht nimmt deshalb die herrschende Meinung an, daß eine Offerte einem Minderjährigen gegenüber voll wirksam abgegeben werden kann.[5])

Das Recht aus der Offerte ist nach unseren früheren Ausführungen ein Gestaltungsrecht; seine Ausübung geschieht demnach durch ein einseitiges Rechtsgeschäft, eine Willenserklärung, nämlich die „Annahme" der Offerte. Ob diese Erklärung lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt, richtet sich nach der Art des mit ihr zum Abschlusse kommenden Vertrages. Hiernach ist deshalb zu entscheiden, ob ein beschränkt Geschäftsfähiger — ein solcher ist stets gemeint, wenn hier von einem Minder-

---

[5]) vgl. u. a. Enneccerus a. a. O. § 151, 3 S. 395/96; Planck a. a. O. Anm. 3 zu § 131 S. 343; Mot. Bd. 1 S. 140.

jährigen gesprochen ist — sie wirksam abgeben kann. Wir wollen davon ausgehen, daß dieses nicht der Fall ist, da der beabsichtigte Vertrag ihn belasten würde.

An sich ist auch die Annahmeerklärung einer Offerte ein einseitiges Rechtsgeschäft, das daher nach § 111 BGB. von einem Minderjährigen nur mit vorheriger Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters vorgenommen werden kann. Soll diese dem Minderjährigen gegenüber erklärt werden, so ist sie ihm schriftlich zu geben, wenn nicht sofortige Zurückweisung des Rechtsgeschäftes riskiert werden soll. Erfolgt sie dem anderen Teile, also dem Offerenten gegenüber, so muß sie ihm vor Empfang der Annahmeerklärung zugegangen sein. Denn andernfalls könnte der Minderjährige eine wirksame Annahmeerklärung nicht abgeben, und auch eine spätere Genehmigung könnte den Mangel nicht heilen. Aber eine solche könnte doch eine andere Bedeutung haben: sie kann nämlich unter Umständen als eine Bestätigung des vorgenommenen Rechtsgeschäftes und damit eine erneute Vornahme desselben gelten, solange die Gebundenheit des Offerenten an seinen Antrag, die ja durch eine unwirksame Annahmeerklärung nicht berührt wird, noch besteht (§ 141 BGB.). Sie muß dann aber in der für das betreffende Rechtsgeschäft vorgeschriebenen Art erfolgen.[6])

Andererseits aber ist die Annahmeerklärung einer Offerte ein Teil des mit ihr zum Abschlusse kommenden Vertrages selbst und untersteht daher auch den Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit der Vertragsparteien. Nach § 108 BGB. bedarf ein Vertrag, den ein beschränkt Geschäftsfähiger schließt, grundsätzlich der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters — der Ausnahmefall soll

---

[6]) vgl. Planck a. a. O. Anm. 2 zu § 111 S. 255.

hier ja für uns ausscheiden. Bis zu dessen Genehmigung tritt ein Schwebezustand ein. Während aber nach gemeinem Rechte der Gegenkontrahent des Minderjährigen in dieser Zeit an den Vertrag gebunden war, hat das Bürgerliche Gesetzbuch darin eine tiefgehende Änderung geschaffen, daß er während der Schwebezeit zum Widerrufe berechtigt ist (§ 109 BGB.), sofern er nicht etwa die Minderjährigkeit seines Gegners gekannt hat. War diese ihm beim Vertragsschlusse bekannt, so steht ihm das Widerrufsrecht nur dann zu, wenn der Minderjährige der Wahrheit zuwider die Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters behauptet hat, es sei denn, daß ihm die Unwahrheit dieser Behauptungen bekannt war. Dieses Widerrufsrecht ist bei der regelmäßigen kurzfristigen Offerte, bei welcher nach erfolgter Annahmeerklärung die Frist der Gebundenheit des Offerenten meist beendet ist, im Interesse des Gegners eines minderjährigen Antragsempfängers nur berechtigt. Denn es kann dem Offerenten, der von vornherein nur mit einer kurzen Frist der Gebundenheit an seinen Antrag rechnet, nicht zugemutet werden, nach Kenntnis der beschränkten Geschäftsfähigkeit seines Gegners noch weiter an seine Offerte gebunden zu bleiben in der Erwartung der noch ungewissen Genehmigung. Er muß deshalb widerrufen können; denn es kann sich ihm ja inzwischen die Möglichkeit bieten, über den Vertragsgegenstand anderweitig einen vorteilhaften Vertrag abzuschließen, während die Genehmigung des anderen unsicher ist und ihre Verweigerung bei Ausschlagung der sich ihm inzwischen eröffnenden Möglichkeit einen empfindlichen Schaden für ihn bedeuten kann. Anders ist es dagegen bei der langfristig bindenden Offerte. Hier rechnet der Offerent von vornherein damit längere Zeit an seinen Antrag gebunden zu sein. Er-

klärt ein Minderjähriger die Annahme einer solchen Offerte ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters, so hängt die Wirksamkeit des Vertrages natürlich ebenfalls von der Genehmigung ab. Hier aber hat der Offerent kein Widerrufsrecht, da ja die Gebundenheit an seinen Antrag weiterbesteht für die ganze von ihm gewollte Zeit. Ihm dann nach der Annahmeerklärung noch ein Widerrufsrecht gewähren zu wollen, wäre durch keinerlei Interesse seinerseits berechtigt. Denn da er eine bestimmte Frist gebunden ist, so kann es für ihn auch gleichgültig sein, ob die Annahme etwas früher erfolgt und später genehmigt wird, oder ob sie erst in diesem späteren Zeitpunkte erfolgt. Anders ist es dann, wenn durch die bis zur Genehmigung verstreichende Zeit die Gebundenheitsfrist des Offerenten überhaupt überschritten würde. Hier kann er selbstverständlich — da ein wirksamer Vertrag noch nicht geschlossen, seine Gebundenheit an seinen Antrag aber erloschen ist — bis zur Genehmigung widerrufen. Denn eine Verlängerung seiner Gebundenheit kann wesentliche Interessen seinerseits verletzen. Von besonders hoher praktischer Bedeutung ist dieses beim Vorkaufsrechte. Denn hier ist ein Vertrag zwischen dem Dritten und dem Offerenten schon geschlossen. Letzterer hat also ein ganz erhebliches Interesse daran, binnen kurzer Frist Gewißheit darüber zu erhalten, ob der Vorkaufsberechtigte von seinem Rechte Gebrauch machen will. Erklärt sich dieser ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters, so darf durch dessen Genehmigung die Frist des § 510 Abs. 2 BGB. nicht überschritten werden, andernfalls der Offerent das Recht zum Widerrufe erlangt. Das gleiche gilt beim Wiederkaufe für die Frist des § 503 BGB. sowie beim Kaufe auf Probe für die im vorigen Paragraphen festgestellte Frist.

Wie schon gesagt, gilt dieses jedoch nur für den Fall, daß der Offerent beim Stellen der Offerte die Minderjährigkeit seines Vertragsgegners nicht gekannt hat. Die Frage, ob spätere Kenntnis davon ihm ein Anfechtungsrecht wegen Irrtumes gewährt und so seine Gebundenheit beendet, hat uns hier nicht zu beschäftigen und bietet auch keine Schwierigkeiten.

Welche Abweichungen zeigen sich dagegen, wenn das Gestaltungsrecht nicht auf einer Offerte beruht, sondern durch einen besonderen Vertrag eingeräumt ist?

Ob dieser Vertrag für denjenigen, der das Gestaltungsrecht seinem Gegner einräumt, ein lediglich vorteilhaftes Rechtsgeschäft ist, hängt — ebenso wie bei der Offerte — davon ab, ob der beabsichtigte Hauptvertrag ihm lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt oder nicht. Der Gestaltungsberechtigte erlangt durch diesen Vorvertrag — ebenso wie durch die Offerte — lediglich eine vorteilhafte Rechtsstellung. Denn er wird in keiner Weise belastet und erlangt lediglich ein Gestaltungsrecht. Der dieses begründende Vertrag als solcher bedarf daher nicht der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des Berechtigten.

Die Gestaltungserklärung hat als solche zwar die Wirkungen eines Vertragsschlusses, ist aber ein durchaus einseitiges Rechtsgeschäft. Ob sie von einem beschränkt Geschäftsfähigen wirksam abgegeben werden kann, hängt ebenfalls davon ab, welche Rechtswirkungen der mit ihr zum Abschlusse kommende Vertrag für den Erklärenden hat. Uns soll hier wieder nur der Fall beschäftigen, daß er ihm keineswegs nur rechtliche Vorteile bringt, also der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedürfte.

Als eine einseitige Willenserklärung ist die Gestaltungserklärung nach § 111 BGB. ohne vorherige Ein-

willigung des gesetzlichen Vertreters eines Minderjährigen unwirksam und könnte auch durch eine nachträgliche Genehmigung nicht wirksam werden. Wie wir aber schon oben bei der Offerte gesehen haben, könnte eine solche Genehmigung doch unter einem anderen Gesichtspunkte von Bedeutung sein. Denn sie kann als Bestätigung aufgefaßt werden und nach § 141 BGB. als erneute Vornahme des Rechtsgeschäftes gelten. Doch muß dann die Absicht dahin gehen und die Genehmigung in der für das betreffende Geschäft vorgeschriebenen Art erfolgen.[7]) Allein dieses kann nur dann erfolgen, wenn die für die Ausübung des Gestaltungsrechtes bestimmte Frist dadurch nicht überschritten wird. Denn eine unwirksame Erklärung ist keine Ausübung des Gestaltungsrechtes; ist dieses aber durch Fristablauf erloschen, so kann es nicht mehr ausgeübt werden.

Indessen noch eine andere Konstruktion führt uns zu dem gleichen Ergebnisse und scheint mir den Vorzug zu verdienen, da sie praktisch besser anwendbar ist.

Erklärt sich der Gegner des beschränkt Geschäftsfähigen nach Kenntnis seiner Minderjährigkeit mit seiner Gestaltungserklärung einverstanden — und das wird man dann annehmen müssen, wenn er die Erklärung nicht unverzüglich zurückweist, — so kann darin eine Vereinbarung zwischen beiden Teilen erblickt werden, daß das Rechtsgeschäft als ein Vertrag behandelt werden soll, sofern ein solcher die gleichen Wirkungen auszuüben vermag.[8]) Die gleichen Wirkungen wie ein Vertrag vermag aber ein Gestaltungsrecht regelmäßig auszuüben, zumal

---

[7]) vgl. Planck a. a. O. Anm. 2 zu § 111 S. 255.

[8]) vgl. Planck a. a. O. Anm. 2 zu § 111 S. 255; Enneccerus a. a. O. Anm. 5 zu § 145 S. 370.

die Erklärung in den hier in Frage stehenden Fällen ja einen Vertragsschluß ersetzt.

Der auf diese Weise stillschweigend geschlossene Vertrag bedarf nun nach § 108 BGB. nur der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters des minderjährigen Käufers. Für diese gilt das gleiche, wie bereits oben bei der Annahme der Offerte ausgeführt ist, insbesondere auch bezüglich der Frist, innerhalb welcher die Genehmigung zu erfolgen hat, sofern nicht der andere Kontrahent nach § 109 BGB. zum Widerrufe berechtigt sein soll.

Nach diesen Ausführungen zeigt sich zwischen der Offertentheorie und der des vertragsmäßig eingeräumten Gestaltungsrechtes bei den uns hier beschäftigenden Fällen kein Unterschied, soweit es sich um die Frage der Geschäftsfähigkeit und die Folgen ihres Fehlens bei einer der Parteien handelt.

2. Willensmängel.

Die Offerte ist eine Willenserklärung, d. h. in ihr kommt ein innerer Wille des Offerenten zum Ausdrucke. Dieses muß so vollkommen geschehen, daß für den Antragsempfänger Zweifel über den rein inneren Vorgang des Wollens des Offerenten nicht mehr bestehen können; es muß deshalb das Erklärte dem Gewollten entsprechen. Häufig aber wird bei Willenserklärungen dieses nicht der Fall sein, sondern eine Abweichung des Erklärten vom Gewollten vorliegen, sei es bewußt, sei es unbewußt. In einem solchen Falle pflegen wir von einem „Willensmangel" zu sprechen. Streit kann sich darüber erheben, ob beim Vorliegen eines solchen der innere, nicht erklärte Wille oder die äußere, innerlich nicht gewollte Erklärung maßgebend für die Rechtsfolgen ist. Beide Ansichten sind vertreten worden, und es standen sich hier zwei

Theorien gegenüber: die Willenstheorie, die allein auf den inneren Willen Gewicht legte, und die Erklärungstheorie, die im Verkehrsinteresse nur der Erklärung entscheidende Bedeutung beilegte. Angesichts der unzweideutigen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches ist dieser Streit heute praktisch ziemlich bedeutungslos geworden. Das Gesetz nimmt einen vermittelnden Standpunkt ein[9]: es unterscheidet die Fälle des bewußten und des unbewußten Nichtübereinstimmens zwischen Willen und Erklärung einer Person. Im ersteren Falle ist die Erklärung — mit Ausnahme der Mentalreservation (§ 116 Satz 1 BGB.) — stets nichtig, im letzteren Falle niemals, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen anfechtbar. Der praktisch wichtigste Fall eines unbewußten Willensmangels ist der des Irrtumes (§ 119 BGB.), auf welchen kurz einzugehen ist.

Unter diesen gemeinschaftlichen Begriff sind im Gesetze verschiedene Fälle zusammengefaßt:

1. Der Erklärende will zwar eine Erklärung von der Gestalt, wie er sie wirklich abgegeben hat, tatsächlich auch abgeben, er verbindet aber eine falsche Vorstellung damit, irrt also über den Sinn, den „Inhalt" dieser Erklärung.[10]
2. Der Erklärende gibt eine Erklärung ab, die er in dieser Gestalt nicht abgeben will, z. B. er verspricht sich oder verschreibt sich oder vergreift sich bei der Hingabe einer Sache.
3. Dem Falle zu 1 (Irrtum über den „Inhalt" einer Erklärung) ist der gleichgestellt, daß sich jemand über solche Eigenschaften einer Person oder Sache

[9] vgl. Planck a. a. O. Vorbem. 5 zu §§ 116 ff. S. 268.

[10] vgl. die Beispiele bei Enneccerus a. a. O. § 157 I, 1 S. 415.

irrt, die im Verkehre als „wesentlich" angesehen werden. Die Entscheidung, ob eine bestimmte Eigenschaft zu den wesentlichen gehört, kann nur im Einzelfalle getroffen werden.

Entscheidend ist, ob nach vernünftigem Ermessen des Richters der Erklärende seine Erklärung bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles voraussichtlich abgegeben haben würde.

Von diesen Fällen des Irrtumes, die stets Anfechtbarkeit der Erklärung mit sich bringen, ist der rechtlich nicht beachtliche sogen. „Irrtum im Motive" zu unterscheiden, der dann vorliegt, wenn das Erklärte zwar gewollt ist, der Erklärende es aber nicht gewollt haben würde, wenn er die Sachlage richtig erkannt und beurteilt hätte.[11])

Doch prüfen wir die Wirkung von Willensmängeln in den hier behandelten besonderen Arten des Kaufes bei der Offertentheorie und der Theorie des vertragsmäßig eingeräumten Gestaltungsrechtes.

Bei der Offertentheorie haben wir als rechtlich erhebliche Erklärungen nur die langfristige bindende Offerte und deren Annahmeerklärung. Beide sind als rechtsgeschäftliche Willenserklärungen bei Irrtum nach Maßgabe des § 121 BGB. anfechtbar. Besondere praktische Schwierigkeiten ergeben sich hier nicht, wohl aber liegt eine Besonderheit vor: Das Anfechtungsrecht ist nach § 121 BGB. ausgeschlossen, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung 30 Jahre verstrichen sind. Da die langfristige bindende Offerte, z. B. die Vorkaufsofferte, für eine längere Zeit als 30 Jahre gelten kann, so ist der Fall möglich, daß das Anfechtungsrecht des Offerenten

[11]) vgl. Planck a. a. O. Vorbem. 5 b zu §§ 116 ff. S. 268.

zur Zeit der Annahme der Offerte bereits erloschen ist, daß also der Offerent, dem jetzt erst alle Konsequenzen seiner Offerte klar werden, keine Möglichkeit mehr hat, von dem Vertrage freizukommen. Dieser ist dann vielmehr nur noch seitens des Antragsempfängers wegen Irrtumes bei der Annahmeerklärung anfechtbar.

Beim vertragsmäßig eingeräumten Gestaltungsrechte kommen als rechtlich erheblich in Betracht ein Vertrag, der aus gegenseitigen Willenserklärungen der Parteien besteht, und eine Willenserklärung des Gestaltungsberechtigten. Gegenüber der Offertentheorie zeigt sich hier nur die Abweichung, daß statt des einseitigen Rechtsgeschäftes der Offerte ein Vorvertrag vorliegt, der seitens beider Kontrahenten anfechtbar ist, während die Gestaltungserklärung sich in dieser Hinsicht von der Offertenannahme nicht unterscheidet. Zwar ersetzt die Gestaltungserklärung einen Vertragsschluß, doch ist sie eine einseitige Willenserklärung und daher auch nur seitens des Erklärenden anfechtbar, während der Gegenkontrahent nur den Vorvertrag nach Maßgabe des § 121 BGB. anfechten kann. Auch hier kann daher — wenn das Gestaltungsrecht für eine längere Zeit als 30 Jahre eingeräumt ist — der Fall eintreten, daß der Hauptvertrag nur seitens der einen Vertragspartei angefochten und unwirksam gemacht werden kann.

Praktisch erhebliche Abweichungen beider Theorien zeigt demnach die Anwendung der Vorschriften über Willensmängel bei beiden nicht.

3. Formbedürftigkeit.

Außer der Schriftform kommt hier vor allem die gerichtliche oder notarielle Beurkundung in Betracht. Ist eine solche vorgeschrieben, so kann nach § 128 BGB. zu-

nächst der Vertragsantrag und sodann dessen Annahmeerklärung beurkundet werden. Es sind also die beiderseitigen Willenserklärungen, aus denen sich der Vertrag zusammensetzt, der besonderen Formvorschrift unterworfen.

Anders ist es dagegen beim Wiederkaufe und Vorkaufe. Hier bedarf nach §§ 497 bezw. 505 BGB. die Erklärung des Berechtigten, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen, nicht der für den Kaufvertrag vorgeschriebenen Form. Sehen wir in dieser Erklärung die Annahmeerklärung einer Offerte, so würden die §§ 497 und 505 BGB. eine Ausnahme von der Vorschrift des § 128 BGB. bedeuten, die für beide Vertragserklärungen die besondere Form verlangt. Ebenso bedarf beim Kaufe auf Probe die Billigungserklärung des Käufers keiner besonderen Form; denn nach der Terminologie des Gesetzes stellt sie ein bloßes Bedingungsfaktum dar, das einer Formvorschrift nicht unterworfen ist. Stellt diese Erklärung nun die Annahme einer Offerte dar, so würde auch hier bei einem formbedürftigen Kaufvertrage nur die Offerte dieser Form unterworfen sein, deren Annahmeerklärung aber formlos erfolgen können.

Diese Abweichung von der Regel, die ja der Gesetzgeber kraft seiner Macht unbedingt normieren kann, ist doch zum mindesten auffallend, zumal sie mit dem Wesen und Zwecke der Formvorschriften nicht im Einklange steht. Bei der grundsätzlich den Verkehr beherrschenden Formfreiheit der Rechtsgeschäfte besteht nur noch für sehr wenige ein besonderer Formzwang, und nur für solche, deren weittragende Folgen eine allzuhäufige Vornahme als nicht im Verkehrsinteresse liegend erscheinen lassen. Durch den Formzwang sollen die Parteien sodann auf die Wichtigkeit des Geschäftes hingewiesen werden; es soll ferner aber durch den Formzwang die Vollendung des

Rechtsaktes außer Zweifel gesetzt werden.[12]) Das aber kann bei einem Vertrage nur dann geschehen, wenn sowohl Offerte wie Annahmeerklärung dem Formzwange unterliegen. Eine formlose Annahmeerklärung auf eine besonderer Form bedürfende Offerte verschafft daher niemals die durch die Formvorschriften erstrebte Gewißheit über das Zustandekommen des Vertrages und bedeutet ferner durch die ungleichmäßige Behandlung der Erklärungen beider Parteien für den Antragsempfänger eine dem Wesen der Formvorschriften widersprechende Erleichterung für die Abgabe seiner Erklärung. Denn irgendeine beurkundete Erklärung von ihm läge überhaupt nicht vor.

Vor allem aber steht dieses Ergebnis mit der tatsächlichen Lage im Widerspruche. Beim Wiederkaufe z. B. wird neben dem der Form bedürfenden Kaufvertrage nicht eine Offerte des Käufers als solche beurkundet, sondern der Kaufvertrag einschließlich der beiderseitigen Parteierklärungen über das Wiederkaufsrecht. Bei Einräumung eines Vorkaufsrechtes wird in der Praxis die Beurkundung lediglich einer Offerte als Grundlage des Vorkaufsrechtes niemals für ausreichend gehalten. Beim Kaufe auf Probe aber würden wir uns hier weit vom Gesetze entfernen. Denn nach diesem ist ein Kaufvertrag schon vor der Billigung geschlossen, also ein solcher bei erforderlicher Beurkundung auch schon dieser Form unterworfen worden.

Wollte man hier etwa die Offertentheorie anwenden und nur eine Offerte beurkunden lassen, so würde wohl kein Richter annehmen, daß hier ein Rechtsgeschäft des § 495 BGB. vorliege, sondern er würde lediglich eine langfristige Offerte annehmen, für deren Annahmeerklärung

---

[12]) vgl. Mot. Bd. 1 S. 179.

aber nach § 128 BGB. ebenfalls Beurkundung verlangen. Und das mit vollem Rechte! Die Anwendung der Vorschriften über die Formbedürftigkeit von Rechtsgeschäften der hier fraglichen Art würde demnach bei der Offertentheorie zu einer völligen Verkennung der vorhandenen Rechtsgeschäfte führen und bringt dadurch diese Theorie stark ins Wanken.

Welche Folgen sich hier bei der Theorie des vertragsmäßig eingeräumten Gestaltungsrechtes ergeben, soll nunmehr kurz erörtert werden.

Der das Gestaltungsrecht begründende Vertrag stellt sich nach unseren Ausführungen als ein Vorvertrag dar. Die Meinungen darüber, ob ein solcher der für den Hauptvertrag vorgeschriebenen Form bedarf, sind geteilt; doch scheint mir ein Zweifel darüber, daß man dieses Erfordernis unbedingt aufstellen muß, kaum möglich zu sein.[13]) Eine andere Frage ist die, ob bei formellem Abschlusse des Vorvertrages auch noch der Hauptvertrag der besonderen Form bedarf. Kommt dieser durch eine Gestaltungserklärung zum Abschlusse, die ja einen Vertragsschluß ersetzen kann, so wirft sich die Frage auf, ob diese Erklärung einer Form bedarf. Für die hier zu behandelnden Rechtsfälle indessen erübrigt sich eine Prüfung dieser Frage, da nach der ausdrücklichen Bestimmung der §§ 497, 505 BGB. die Erklärung des Gestaltungsberechtigten formlos abgegeben werden kann. Dieses scheint mir nicht nur kein Widerspruch zum § 313 BGB. zu sein, sondern

---

[13]) vgl. Planck a. a. O. Vorbem. 4 zu §§ 145 ff., Anm. 5 zu § 125, ferner die dort zitierten Entscheidungen des Reichsgerichts sowie die Entscheidung des OLG. Kiel in SeuffArch. Bd. 58 Nr. 93 S. 177 ff.; ferner Staudinger a. a. O. Einleitung zu §§ 145 ff. S. 561; Walsmann a. a. O. S. 299.

sich aus diesem Paragraphen logisch zu ergeben. Denn es bedarf danach ein Vertrag, durch welchen sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Der Vertrag, der diese Verpflichtung begründet, ist hier aber der Vorvertrag, der demnach der Form bedarf. Dafür, daß auch derjenige, der aus diesem Vertrage berechtigt ist, seine Erklärung, welche eine Ausübung dieses Rechtes darstellt, beurkunden lassen müßte, bietet weder der § 313 BGB. eine Stütze, noch findet sich sonst eine solche im Gesetze. Es ist daher die Formfreiheit für die Erklärnng des Wiederkaufs- und Vorkaufsberechtigten nicht eine Ausnahme von einer anders bestimmenden Regel, sondern das Ergebnis logischer Folgerungen aus dieser Regel.

Der Unterschied gegenüber der Offertentheorie besteht darin, daß bei dieser nur eine Offerte dem Formzwange unterworfen werden kann, da in rechtlicher Beziehung weiter nichts vorhanden ist. Beim vertragsmäßig begründeten Gestaltungsrechte dagegen wird ein Vertrag beurkundet, und dieser bildet die Grundlage für das formlos auszuübende Gestaltungsrecht. Die Beurkundung eines Vertrages entspricht nicht nur der tatsächlichen Lage beim Wiederkaufe und Vorkaufe, sondern steht auch beim Kaufe auf Probe mit dem Gesetze im Einklange, lediglich mit der Abweichung, daß der zu beurkundende Vertrag nach der Konstruktion des Gesetzes ein Kaufvertrag, nach unserer dagegen ein Vorvertrag zu einem solchen ist.

Damit, daß der Vorvertrag den besonderen Formvorschriften unterworfen ist, scheint mir deren Zweck hinreichend gewahrt zu sein. Denn einmal ist die Erschwerung des Rechtsgeschäftes, die dessen allzuhäufiger Vornahme vorbeugen soll, für beide Parteien eine gleich-

mäßige. Dann aber wird die Rechtslage beider Parteien eine gesicherte. Nehmen wir folgendes Beispiel an: A will dem B an seinem Grundstücke ein Vorkaufsrecht einräumen, und zwar aus eigener Initiative, ohne vorherige Mitwirkung des B. Er macht ihm also eine notariell beurkundete Offerte, die ja nach der Offertentheorie zur Begründung des Vorkaufsrechtes ausreichend ist. B erklärt sich auf die Offerte nicht. Dann ist A in völliger Ungewißheit darüber, ob B auf das Vorkaufsrecht überhaupt Gewicht legt, oder ob er gar nicht daran denkt, dieses jemals auszuüben. Unter Umständen kann es ihm dadurch sehr erschwert werden, einen Käufer für sein Grundstück zu finden, da ein solcher bei einem vorteilhaften Kaufe meist damit rechnen wird, daß der Vorkaufsberechtigte von seinem Rechte Gebrauch machen, er also das Grundstück doch nicht bekommen wird. Anders ist es beim vertragsmäßig eingeräumten Vorkaufsrechte. Denn diesen Einräumungsvertrag wird — ganz besonders dann, wenn derselbe der Form bedarf — nur ein solcher abschließen, der wirklich die Absicht hat, von seinem Rechte event. Gebrauch zu machen, und Wert darauf legt.

Demgegenüber, daß nur der Vorvertrag formbedürftig ist, gewinnt das Gestaltungsrecht noch erheblich an Bedeutung und praktischem Werte. Denn es können die Parteien nun den formellen Vorvertrag zu einer Zeit abschließen, die ihnen zur Beobachtung von Formvorschriften passend erscheint, während der Berechtigte den beabsichtigten Hauptvertrag durch eine formlose Erklärung zum Abschlusse bringen kann zu einer Zeit, die für ihn zur Beobachtung von Formvorschriften nicht geeignet ist.[14])

[14]) vgl. das treffende Beispiel bei Walsmann a. a. O. S. 229 sowie die Ausführungen S. 297 ff.

4. Hinzufügen einer Bedingung.

Unter einer Bedingung verstehen wir „die durch Parteiwillkür zum Inhalte eines Rechtsgeschäftes erhobene Bestimmung, wonach die Rechtswirkungen dieses Geschäftes von einem zukünftigen, jetzt ungewissen Tatbestande abhängig gemacht werden".[15] Bedingt ist also nicht das Wollen einer Partei, sondern die an dieses Wollen geknüpfte Wirkung, nämlich bei der aufschiebenden Bedingung der Eintritt, bei der auflösenden das Fortbestehen der Rechtsfolgen des bedingten Rechtsgeschäftes. Dagegen besteht dieses selbst schon vorher, nur seine Wirkungen werden durch die Bedingung beeinflußt.

Prüfen wir die Zulässigkeit und die Wirkung der Hinzufügung einer Bedingung zu den uns hier beschäftigenden Rechtsgeschäften bei Anwendung der Offertentheorie sowie der Theorie des vertragsmäßig begründeten Gestaltungsrechtes.

Daß eine Offerte unter einer Bedingung gestellt werden kann, ist nicht bestritten und unterliegt auch keinem Zweifel. Ebenso kann einem Vertrage eine Bedingung hinzugefügt werden. Die Wirkungen sind dann die soeben erörterten. Die das Gestaltungsrecht begründenden Rechtsgeschäfte können in ihren Wirkungen sonach stets von einer Bedingung abhängig gemacht werden. Nicht diese Frage hat uns daher zu beschäftigen, sondern die, ob die Gestaltungserklärung in ihren Wirkungen vom Eintritte einer Bedingung abhängig gemacht werden kann.

Bei der Offertentheorie ist die Gestaltungserklärung die Annahme einer Offerte. Nach der zwingenden Bestimmung des § 150 BGB. kann die Annahme einer Offerte nicht unter einer Bedingung erfolgen. Wird eine

---

[15]) vgl. Staudinger a. a. O. Vorbem. zum 4. Titel S. 589.

solche hinzugefügt, so liegt keine Annahme, sondern eine neue Offerte vor. Der Erklärung des ersten Antragsempfängers und Gestaltungsberechtigten wird hiernach ihre vertragsbegründende Wirkung genommen und damit ihre Eigenschaft als gestaltende Erklärung überhaupt. Der Umstand, daß event. nach § 151 BGB. die Annahme dieser neuen Offerte nicht ausdrücklich erklärt zu werden braucht, ändert daran nichts. Denn auch dann ist vertragsbegründend, also gestaltend, nicht die bedingte Annahmeerklärung der ersten Offerte — in Wahrheit eine neue Offerte —, sondern die durch das Stillschweigen erklärte Annahme dieser neuen Offerte seitens des ersten Offerenten, ein praktisch erheblicher Unterschied.

Anders ist die Lage bei der vertragsmäßigen Einräumung des Gestaltungsrechtes. Hier kommt der beabsichtigte Vertrag durch die einseitige Erklärung des Berechtigten allein zum Abschlusse kraft der ihm eingeräumten besonderen Macht. Ein Vertrag kann aber grundsätzlich in seinen Wirkungen von einer Bedingung abhängig gemacht werden, wie eine solche bei jedem Rechtsgeschäfte zulässig ist, das nicht zu den sogen. „bedingungsfeindlichen" gehört.[16]) Die Bedingungsfeindlichkeit der Rechtsgeschäfte kann entweder im Gesetze ausdrücklich normiert sein oder aus der Natur des Rechtsgeschäftes folgen. Solche vom Gesetze anerkannten Gründe können ethischer Natur sein — z. B. bei der Eheschließung, der Anerkennung der Ehelichkeit eines Kindes u. a. — oder im öffentlichen und allgemeinen Interesse liegen, wie bei der Klarstellung des Eigentums an Grundstücken sowie der Rechtsverhältnisse am Nachlasse; daher sind die darauf bezüglichen Rechtsgeschäfte bedingungsfeindlich.

[16]) vgl. Mot. Bd. 1 S. 249.

Ferner ist im wirtschaftlichen Interesse des Geschäftsgegners die Hinzufügung einer Bedingung verboten bei der Aufrechnung, der Annahme und Ausschlagung eines Vermächtnisses sowie bei anderen Rechtsgeschäften, bei welchen es ausdrücklich bestimmt ist. Außer diesen ausdrücklich geregelten Fällen ist bei anderen Rechtsgeschäften ihrer Natur nach oder im Interesse des Gegners die Hinzufügung einer Bedingung ausgeschlossen. Darüber, welche Rechtsgeschäfte dazu zu rechnen sind, herrscht Streit. Von den zahlreichen Einzelfällen interessieren uns hier der Natur der Sache nach vor allem die rechtsgestaltenden Erklärungen. Während manche hier schlechthin die Zulässigkeit der Hinzufügung einer Bedingung verneinen,[17]) wollen andere, wesentlich weitergehend, die Hinzufügung einer Bedingung bei allen Rechtsgeschäften für zulässig erachten, bei denen nicht berechtigte Interessen des anderen Teiles dadurch verletzt werden.[18]) So ist hiernach z. B. eine Kündigung unter einer Bedingung dann zulässig, wenn die Bedingung eintritt und der andere Teil dieses erfährt, bevor die Zeit, innerhalb deren gekündigt werden kann, abgelaufen ist.[19]) M. E. wird man hier mit Recht eine solche Bedingung für zulässig halten müssen. Denn bedingungsfeindlich kraft Gesetzes ist die Kündigung nicht. Die Unzulässigkeit einer Bedingung kann hier deshalb nur aus allgemeinen Gesichtspunkten hergeleitet werden, vor allem aus Treu und Glauben als dem objektiven Abwägen der beiderseitigen Interessen. Diese Umstände aber werden stets den Einzelfall zu berücksichtigen haben,

---

[17]) vgl. u. a. Planck a. a. O. Vorbem. 3 d β zu §§ 158 ff. S. 410.

[18]) vgl. u. a. Enneccerus a. a. O. § 182 II 2 b S. 485.

[19]) vgl dazu Oertmann a. a. O. § 564 Anm. 2 S. 593; Staudinger a. a O. § 564 Anm. 2 b S. 942/43.

so daß nicht nur die Art des Rechtsgeschäftes, sondern vor allem die Bedingung selbst in Betracht zu ziehen ist. Von diesem Standpunkte aus wird man sagen müssen, daß die oben erwähnte Kündigung unter einer Bedingung in keiner Weise gegen berechtigte Interessen des anderen Teiles verstoßen kann. Denn ob der zur Kündigung Berechtigte erst den Eintritt eines Ereignisses abwartet und dann kündigt oder unter der Bedingung des Eintrittes dieses Ereignisses kündigt, ist für den anderen Teil gleichgültig, sofern er vor Ablauf der für die Kündigung überhaupt bestimmten Zeit Kenntnis von dem Eintritte des Ereignisses erlangt. Regelmäßig werden hier nur kurzfristige Bedingungen für zulässig zu erachten sein, da die Zeit, innerhalb deren gekündigt werden kann, meist keinen großen Spielraum gewährt.

Bezüglich der hier zu behandelnden Gestaltungserklärungen wird man Entsprechendes annehmen müssen. Es ist hier die Ausübung des Gestaltungsrechtes an eine bestimmte Frist gebunden. Auch hier können m. E. solche Bedingungen keinerlei berechtigte Interessen des anderen Teiles verletzen, deren Eintritt er innerhalb der Frist, die für das Gestaltungsrecht überhaupt besteht, erfährt. Die Bedingungsfeindlichkeit von Wiederkauf und Vorkauf schlechthin zu behaupten, wie Planck[20]) es tut, scheint mir danach nicht zutreffend. Es ist z. B. auch nicht einzusehen, weshalb ich nicht ein mir eingeräumtes Wiederkaufsrecht ausüben kann mit dem Zusatze: wenn ich bei der nächsten Ziehung in der Lotterie gewinne oder mein Schuldner am kommenden Ersten seine Schuld bezahlt, vorausgesetzt, daß die Frist innerhalb deren ich mein Gestaltungsrecht ausüben kann, da-

[20]) Planck a. a. O. Vorbem. 3 d β zu §§ 158 ff. S. 410.

durch nicht überschritten wird. Es ist hier die Wirkung der Gestaltungserklärung, nämlich die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung und meine Verpflichtung zur Bezahlung des Kaufpreises, dadurch bedingt, daß das zur Bedingung gesetzte Ereignis eintritt, vielleicht um mir die nötigen Geldmittel zur Erfüllung meiner aus dem zustandekommenden Vertrage sich ergebenden Verpflichtungen zu gewähren. Die Hinzufügung einer solchen Bedingung verletzt doch kein berechtigtes Interesse meines Gegners; denn ich könnte ja ebenso gut erst das zur Bedingung gesetzte Ereignis abwarten und dann die Gestaltungserklärung abgeben.

Anders wäre der Fall, wenn der Eintritt des Ereignisses außerhalb der für die Ausübung des Gestaltungsrechtes überhaupt bestehenden Frist fiele. Hier kann und wird auch ein berechtigtes Interesse meines Gegners dahin gehen, daß einem solchen Ereignisse kein Einfluß eingeräumt wird, das im praktischen Ergebnisse einer Verlängerung der für die Ausübung des Gestaltungsrechtes bestehenden Frist gleichkommen würde. Für die Frist selbst kommen hier — wie schon oben bei der Frage der Geschäftsfähigkeit angegeben — die §§ 503, 510 BGB. sowie beim Kaufe auf Probe die dafür von uns aufgestellten Grundsätze zur Anwendung.

Da nach diesen Ausführungen kein Grund besteht, bei den hier in Frage stehenden Rechtsinstituten die Hinzufügung einer Bedingung schlechthin für unzulässig zu erklären, so ergibt sich hier das völlige Versagen der Offertentheorie. Denn diese muß — wie es Planck logisch konsequent auch tut — hier zu einem anderen Ergebnisse kommen und diese Rechtsinstitute als bedingungsfeindlich bezeichnen. Allein die Theorie des vertragsmäßig eingeräumten Gestaltungsrechtes bietet die Hand-

habe dazu, Gestaltungserklärungen in ihren Wirkungen von einer Bedingung abhängig zu machen.[21])

5. Stellvertretung.

Genügen auch unsere bisherigen Ausführungen schon, die Überlegenheit der Theorie des vertragsmäßig eingeräumten Gestaltungsrechtes über die Offertentheorie zu beweisen, so wollen wir doch der Vollständigkeit wegen auch noch auf die Lehre von der Stellvertretung in beiden Fällen eingehen. Auch hier kommt es im wesentlichen auf die Gestaltungserklärung an. Denn es kann sowohl eine Offerte durch einen Vertreter gestellt wie ein Vertrag durch ihn geschlossen werden. Aber auch die Ausübung eines Gestaltungsrechtes läßt prinzipiell Stellvertretung in der Erklärung zu.[22]) Denn nach § 174 BGB. kann man zur Abgabe einer Willenserklärung einen anderen ermächtigen, mag die Erklärung sich als Annahme einer Offerte oder Ausübung eines vertragsmäßig eingeräumten Gestaltungsrechtes darstellen.

Ebenso ist die passive Stellvertretung, d. h. Empfang einer Erklärung des Gegners durch einen Vertreter zulässig.

Die Frage, ob eine Stellvertretung des Berechtigten bei Begründung des Gestaltungsrechtes — eine passive, wenn dieses auf einer Offerte beruht, eine aktive bei Abschluß des besonderen Vorvertrages — zugleich auch die Vertretungsbefugnis zur Abgabe der Gestaltungserklärung in sich schließt, ist nur im Einzelfalle nach der Parteiabsicht zu beurteilen.

[21]) Für die grundsätzliche Zulässigkeit einer Bedingung bei Gestaltungserklärungen auch schon Seckel a. a. O. S. 238/39, freilich ohne nähere Prüfung und Erörterung der Frage.

[22]) vgl. Seckel a. a. O. S. 238

Einen praktischen Unterschied bei dem das Gestaltungsrecht begründenden Rechtsgeschäfte ergibt die Lehre von der Stellvertretung nur insoweit, als bei der Offertentheorie passive Stellvertretung genügt, während beim vertragsmäßig eingeräumten Gestaltungsrechte der Berechtigte einen Vertrag abschließt und dazu einer aktiven Stellvertretung bedarf.

C. Schluß.

§ 8.

Entscheidung.

Halten wir uns das Ergebnis unserer Ausführungen noch einmal kurz vor Augen, so sehen wir, daß, rein theoretisch betrachtet, die Offertentheorie und die Theorie des vertragsmäßig eingeräumten Gestaltungsrechtes beim Wiederkaufs- und vertragsmäßigen Vorkaufsrechte nebeneinander anwendbar sind, daß ferner beim Kaufe auf Probe mit dem Dogma der Wollensbedingung gebrochen werden muß, und daß dieses Rechtsinstitut eine den obenerwähnten gleiche juristische Konstruktion erfordert. Entspricht aber die Offertentheorie nur unvollkommen den tatsächlichen Verhältnissen, so ergibt die Anwendung der allgemeinen Vorschriften für Rechtsgeschäfte im bürgerlichen Gesetzbuche, insbesondere die Lehre von der Formbedürftigkeit der Rechtsgeschäfte und von der Bedingung, ihre Unhaltbarkeit gegenüber den Anforderungen der Praxis. Wir müssen deshalb den Wiederkauf, den Vorkauf sowie den Kauf auf Probe richtigerweise nach der Theorie des vertragsmäßig eingeräumten Gestaltungsrechtes konstruieren.

Die Frage, ob Gestaltungsrechte allgemein durch Vertrag begründet werden können, ist bereits oben im § 3

von uns behandelt und dahin beantwortet worden, daß — trotz der auf dem Gebiete des Obligationenrechtes grundsätzlich herrschenden Vertragsfreiheit — diese Rechte ihrer tiefgreifenden Wirkungen wegen nicht unbeschränkt durch Vertrag begründet werden können, sondern daß wir hier eher uns für einen numerus clausus werden entscheiden müssen. Die Grenzen, innerhalb deren private Neuschöpfungen zulässig sind, werden nicht über eine analoge Anwendung der im Gesetze behandelten Fälle hinaus auszudehnen sein. So wird man z. B. sagen können, daß für das Gestaltungsrecht beim Wiederkaufe nicht der vorhergehende Kaufvertrag wesentlich ist, sondern der Einräumungsvertrag. Da ein solcher aber auch selbständig abgeschlossen werden kann, so wird man einen Vertrag, durch welchen einer Partei das Recht eingeräumt wird, einen Gegenstand käuflich zu erwerben, wenn sie den Willen dazu erklärt, als zur Begründung eines Gestaltungsrechtes zulässig ansehen müssen. Ebenso ist in Analogie das Vorkaufsrechtes ein solches „Vorrecht zum Abschlusse eines Vertrages" auch bei anderen Verträgen, z. B. Mietverträgen oder Dienstverträgen denkbar. Das gleiche wird man in Analogie zum sogenannten Kaufe auf Probe annehmen können. Es ergibt sich jedenfalls, daß das Anwendungsgebiet der vertragsmäßig eingeräumten Gestaltungsrechte im Wege der Analogie nicht unerheblich auszudehnen ist. Soweit dieses zulässig ist, scheint mir diesem Rechtsinstitute doch eine weit erheblichere Bedeutung beizukommen, als ihm bislang beigelegt worden ist. Statt der praktisch häufig vorkommenden Verträge mit aufschiebender Bedingung, die geschlossen sind, aber bis zum Eintritte des die Bedingung bildenden Ereignisses keine Wirkungen zu äußern vermögen, wird es nicht selten angebracht sein, demjenigen, welcher die Hinzufügung der

Bedingung beantragt, ein Gestaltungsrecht einzuräumen, das ihn in die Lage setzt, nach Eintritt des betreffenden Ereignisses durch einseitige Erklärung den Vertrag zum Abschlusse zu bringen. Einen vollkommenen Ersatz aber bietet das vertragsmäßig eingeräumte Gestaltungsrecht für die unter einer Wollensbedingung abgeschlossenen Verträge, die juristisch nach unseren Ausführungen nicht haltbar erscheinen.

Daß hier die praktischen Folgen der Annahme eines vertragsmäßig begründeten Gestaltungsrechtes den vom Gesetzgeber gewollten vollkommen entsprechen, ist oben beim Kaufe auf Probe nachgewiesen.

Eine häufige vertragsmäßige Vereinbarung von Gestaltungsrechten in der Praxis ist deshalb im Interesse dieser verhältnismäßig noch jungen Lehre äußerst wünschenswert, damit auch die Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe Gelegenheit findet, zu dieser Frage Stellung zu nehmen.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.